Die Zuständigkeitsgründe der Privatvereinbarung und des ihr gleichgestellten Tatbestandes des § 39 ZPO.

(ZPO. §§ 38–40.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kaiser Wilhelms-Universität zu Strassburg

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Albert Kegelmann

Referendar

aus

BEBRA.

STRASSBURG i. E.

Elsass-Lothr. Druckerei, Abtlg. Müh & Cie., Kinderspielgasse 20.

1913.

Gedruckt mit Genehmigung der hohen juristischen Fakultät der Universität Strassburg.

Referent: **Prof. Dr. Kisch.**

Inhalt.

Seite

Einleitung.

§ 1. Dispositives Zivilprozessrecht 7

Erstes Kapitel.

Die Zuständigkeitsordnung und ihr Verhältnis zum Parteiwillen . 13
§ 2. I. Allgemeine Erörterungen über den Begriff und das Wesen der Zuständigkeit 13
§ 3. II. Die Einwirkungen des Parteiwillens auf die Zuständigkeitsordnung im allgemeinen 21
III. Die Beschränkungen der Zuständigkeitswirkung der §§ 38, 39 ZPO. 31
§ 4. 1. Allgemeine Beschränkungen 31
§ 5. 2. Besondere Beschränkungen 43

Zweites Kapitel.

Die Rechtsgründe der Zuständigkeitswirkung, ZPO. §§ 38, 39 . . 49
I. Die Zuständigkeitsvereinbarung, ZPO. § 38 49
1. Ihr Begriff und ihr Wesen 49
§ 6. a) Ihre rechtliche Natur 49
§ 7. b) Ihr wesentlicher Vertragsinhalt 53
§ 8. c) Die Subjekte der Zuständigkeitsvereinbarung; ihre Rechtsnachfolger; Dritte 58
§ 9. d) Die negative Funktion der Zuständigkeitsvereinbarung 62
§ 10. 2. Erlöschungsgründe der Zuständigkeitsvereinbarung . . . 67
§ 11. 3. Die prozessuale Behandlung der Zuständigkeitsvereinbarung 71

Seite

II. Der Tatbestand des § 39 ZPO. 75

§ 12. Einleitende Bemerkungen über Gebrauch und Präklusion der Unzuständigkeitseinrede 75

§ 13. 1. Das Prinzip des § 39 ZPO. 79

§ 14. 2. Interpretation des § 39 ZPO. 88

§ 15. 3. Sein Charakter als Zuständigkeitsnorm 94

§ 16. 4. Die Dauer der Zuständigkeitswirkung 99

Drittes Kapitel.

§ 17. Die Zuständigkeitswirkung der §§ 38, 39 in Verbindung mit § 328 Abs. I Z. 1 ZPO. für ausländische Gerichte . . . 101

Schluss.

§ 18. Die Bedeutung der Zuständigkeitsordnung in den prorogierbaren Fällen 109

Einleitung.

§ 1.

Dispositives Zivilprozessrecht[1]).

I. Das Zivilprozessrecht ist eine Disziplin des öffentlichen Rechts. Es unterwirft die Staatsgewalt, soweit sie im Dienste des Rechtsschutzes fungiert, einer rechtlichen Ordnung, deren Zweck Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, bestmögliche Garantie des Bestandes der vom Staate gesetzten Rechtsordnung ist. „Ius privatum sub tutela iuris publici latet“ [2]). Hierin offenbart sich seine objektive, seine öffentlichrechtliche Zweckbestimmung.

Der dem Zivilprozessrecht logisch primären Privatrechtsordnung ist eine weitere Zweckbestimmung des Zivilprozessrechts zu entnehmen, eine subjektive, derzufolge sein Zweck in der Realisierung irgendwie beeinträchtigter subjektiver Privatrechte besteht.

Beide Zweckbestimmungen sind im Prozessrecht aufs innigste miteinander verwoben und nur begrifflich trennbar. Die begriffliche Scheidung des dem Zivilprozessrecht imma-

---

[1]) Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht Archiv. Bd. 64, S. 1 ff.

[2]) Bacon, De augmentatione scientiarum, VIII. III. Exemplum tractatus de iustitia universali. Works Bd. I, S. 47 ff. Zit. nach Jellinek, Recht des modernen Staates. 2. Aufl. 1905, S. 373 u. 1.

nenten und des aus seiner sekundären Natur folgenden Zweckes bildet einerseits den Ausgangspunkt für die Einordnung des Zivilprozessrechtes unter die Disziplinen des öffentlichen Rechts nach seinem prävalierenden, weil immanenten, objektiven Zweck, andererseits die Grundlage für die Untersuchung des Korrelationsverhältnisses zwischen jenen beiden Zwecken und der für die Prozessrechtssätze verwendeten absoluten und dispositiven Normierungsmethode.

Die Anschauung, die dispositive Normierungsmethode sei auf die Sätze des Privatrechtes beschränkt, ist heute überwunden, ebenso die, alle Sätze des öffentlichen Rechtes seien absolut normiert und ihre absolute Verbindungskraft sei ein ihnen wesentliches Charakteristikum.

Diese Anschauung erklärt sich daraus, dass dem öffentlichen Recht früher im wesentlichen nur solche Disziplinen zugezählt wurden, bei denen der Natur der Sache nach Dispositionsbefugnisse der Subjizierten nicht in Betracht kommen konnten. Mit dem Wandel der Anschauungen über den Begriff und infolge der Entwicklung des öffentlichen Rechts, dessen Tendenz unzweifelhaft dahin geht, immer weitere Lebenskreise in seinen Bereich zu ziehen, musste sich auch die Anschauung über die absolute Verbindungskraft der Sätze des öffentlichen Rechts ändern und die Erkenntnis kommen, dass das staatliche Ita ius esto nicht nur im Privat-, sondern auch im öffentlichen Recht einer verschiedenen Graduierung fähig sei.

Denn beide Normierungsmethoden sind nur Symptome für die Intensität rechtlichen Wollens, und dass diese im öffentlichen und im Privatrecht in verschiedenen Graden vorhanden ist und vorhanden sein muss, ist unbestreitbar. Indes ist die Anwendung der dispositiven Rechtsetzungsmethode, die naturgemäss ihre häufigste Verwendung im Privatrecht findet, in den verschiedenen Disziplinen des öffentlichen Rechts nur in verhältnismässig beschränktem Umfang möglich.

II. Allem dispositiven Recht liegt die Anerkennung der Rechtssubjekte, die einen für die Rechtsordnung massgeblichen Willen äussern können, als Rechtssetzungsorgane zugrunde. Ihren Ausdruck findet diese Anerkennung darin, dass der Staat die im Gebiete des dispositiven Rechts erfolgten Willensäusserungen dieser Rechtssubjekte seinem Ita ius esto unterstellt, ihnen rechtliche Verbindungskraft beimisst.

Zur Aufstellung dispositiven Rechts führt eine zwiefache Erwägung:

Der Staat erklärt entweder zur Schematisierung der Fülle der Erscheinungen des sozialen Lebens durch einen abstrakten Rechtssatz nicht imstande zu sein oder mangels eines allgemeinen öffentlichen Interesses die Aufstellung von Rechtssätzen ablehnen zu müssen und es den Beteiligten überlassen zu wollen, im konkreten Fall die zweckmässigste Regelung zu suchen.

Oder aber der Staat stellt zwar Rechtssätze auf und erklärt gleichzeitig, seine Rechtsordnung hinter einer durch Dispositionsakt der Rechtssubjekte getroffenen zurücktreten lassen zu wollen, weil das Individualinteresse hier das Gemeininteresse überwiege.

Neben diese Rechtssätze stellt der Staat unter Umständen noch eine weitere Gruppe suppletorischen Charakters, die erst dann ergänzend eingreifen sollen, wenn die Beteiligten nicht von der an sie gerichteten gesetzlichen Ermächtigung, eigene Rechtsbestimmungen zu treffen, Gebrauch gemacht haben und die vom Staate gesetzte normale Regelung keine Anwendung findet.

III Betrachtet man das Zivilprozessrecht auf die Rechtsetzungsmethode hin, so findet man Rechtssätze mit absoluter, nur eine Möglichkeit rechtlicher Regelung anerkennender Verbindungskraft und Prozessrechtsbestimmungen, die zur Entfaltung ihrer Rechtswirksamkeit erst ihren Weg durch das Medium des Willens, sei es einer oder beider, der recht-

suchenden Parteien nehmen müssen, und endlich auch Rechtssätze suppletorischen Charakters.

Bei der massgebenden Bedeutung des Zweckes als Bestimmungsmoment für die Verbindungskraft eines Rechtssatzes ergibt sich für die nach ihren Zwecken geordneten Prozessrechtssätze die generelle Regel: Prozessrechtssätze sind immer mit absoluter Verbindungskraft ausgestattet, wenn sie die objektive Zweckbestimmung des Prozessrechts bezielen. Sie sind dispositiver Natur, wenn sie in der subjektiven Zweckbestimmung des Prozessrechtes gründen. Hierher gehören vor allem die Rechtssätze, die man wegen der in ihnen enthaltenen Dispositionsbefugnis der Parteien zusammenfassend mit dem Namen Verhandlungsmaxime bezeichnet.

Alle prozessuale Tätigkeit des Gerichts ist pflichtmässige Tätigkeit; die sie betreffenden Prozessrechtsbestimmungen sind zwingender Natur. Dementsprechend kann ihre Handhabung nicht zur Disposition des Gerichts gestellt, sondern nur richterlichem, d. h. pflichtmässigem, vom Recht und nicht von der Willkür bestimmtem Ermessen unterstellt sein. Die Gerichtsgebundenheit ist immer eine absolute.

Die prozessuale Tätigkeit der Parteien hat eine dispositive Regelung gefunden, im modernen Recht finden müssen.

Dass die umfassende Privatrechtsordnung eine genügend spezialisierte kasuistische Regelung tausendfach variierender menschlicher Verhältnisse nicht treffen kann, ist, solange es eine Rechtsordnung gibt, anerkannt worden. Ceteris paribus gilt die gleiche Einsicht für die Prozessrechtsordnung. Dort wie hier wird „der Einzelwille vom Gemeinwillen durch die dispositive Rechtsnormierung als rechtsbestimmendes Hilfsorgan verwendet“ [3]).

Der Umfang dieser Verwendung ist selbstverständlich im Privatrecht viel grösser als im Prozessrecht. Von vorn-

---

[3]) Bülow, Archiv Bd. 64, S. 108.

herein bedarf dieses, um seiner objektiven Zweckbestimmung gerecht werden zu können, einer grossen Zahl absolut verbindlicher Rechtssätze, auf deren unverbrüchlichem Bestande dann den Parteien, je nach dem herrschenden prozesspolitischen Prinzip eine mehr oder minder grosse Dispositionsbefugnis eingeräumt werden kann.

Andererseits sind aber auch für das Prozessrecht dispositive Rechtssätze erforderlich. Denn das im Privatrecht herrschende Interessenmoment lässt sich folgerichtig in einem diesem sekundären Recht nicht schlechthin ignorieren. Die subjektive Zweckbestimmung des Prozessrechtes und daraus folgend das Interesse der Parteien an einer ihren individuellen Verhältnissen möglichst entsprechenden Rechtsverfolgung musste zum Teil zu einer dispositiven Regelung des speziell die Interessen der Parteien betreffenden Prozessrechtes führen, damit diese, unter Wahrung des objektiven Zweckes des Prozessrechtes, ihren Willen in der ihren Interessen dienlichen Weise bei der Rechtsverfolgung betätigen können.

IV. Die Einwirkung des Privatinteressenmomentes auf die Prozessrechtssätze hat in der Zuständigkeitsordnung die Statuierung einer besonderen, auf dem Rechtsgrund des Parteiwillens beruhenden Zuständigkeit zur Folge gehabt.

Dem dispositiven Rechtssatz: Der Wille der Parteien ist Zuständigkeitsgrund, ist angereiht ein suppletorischer Rechtssatz: Beim Fehlen jedweden Zuständigkeitsgrundes wird ein unzuständiges Gericht zuständig, vor dem der Beklagte, ohne die Einrede der Unzuständigkeit geltend zu machen, mündlich zur Hauptsache verhandelt.

Beide Rechtssätze werden von der ZPO. unter der Überschrift „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte“ behandelt, einer Bezeichnung, die dogmatisch unzutreffend ist; denn sie umfasst nur die Zuständigkeitsvereinbarung. Nicht weniger unzutreffend sind Bezeichnungen wie

„Gerichtsstand der Vereinbarung oder der Parteiunterwerfung“; denn die sachliche Zuständigkeitswirkung kann nie von dem terminus Gerichtsstand umfasst werden[4]), und in den Ausdruck Parteiunterwerfung kann man die Zuständigkeitswirkung des § 39 ZPO. nur dann hinein interpretieren, wenn man ihm eine gekünstelte passive Deutung gibt.

Alle gebräuchlichen Bezeichnungen decken die aus den §§ 38 und 39 der ZPO. resultierenden Zuständigkeitswirkungen nur teilweise und sind deshalb unbrauchbar.

---

[4]) Vgl. § 2 III S. 16 u. § 5 III S. 46.

ERSTES KAPITEL.

Die Zuständigkeitsordnung und ihr Verhältnis zum Parteiwillen.

---

§ 2.

I. Allgemeine Erörterungen über den Begriff und das Wesen der Zuständigkeit.

I. Der Staat ist ein organisierter, menschlicher Verband und bedarf als solcher zum mindesten eines Organs, dessen Wille als Staatswille, dessen Tätigkeit als Staatstätigkeit Geltung hat. Ein Staat ohne Organ ist undenkbar; denn nur durch seine Organe, die Bildner und Vollzieher des Staatswillens, existiert der Staat. Alle Tätigkeit des Staates ist Tätigkeit seiner Organe, entweder eines einzigen Organes mit einem alle Staatstätigkeit umfassenden Wirkungskreis oder einer Vielheit von Organen — von denen eines das höchste sein muss —, unter die nach irgendwelchen Grundsätzen die staatlichen Funktionen verteilt sind.

Hieraus ergibt sich, dass jede deskriptive Definition des Staatsorganes seinen Betätigungsbereich — seine Zuständigkeit — als begrifflichen Bestandteil enthalten muss.

Ausser der Regelung der Berufungsgründe zur Organstellung bestimmen die Organisationsgesetze eines Staates dessen

Organe und verteilen auf diese entsprechend den staatlichen Funktionen die Staatsaufgaben

Der Rechtssatz, der eine derartige Zuteilung von Staatsaufgaben anordnet, ist der Rechtsgrund der Zuständigkeit des betreffenden Staatsorganes, ein Rechtsgrund, kraft dessen dem Staatsorgan öffentlichrechtliche Befugnisse, Pflichten, aber keinesfalls subjektive öffentliche Rechte gegenüber dem Staat erwachsen. Denn als mit dem Staat zur Einheit verbundene Pflichtsubjekte können die Staatsorgane gegenüber dem Staat keine subjektiven öffentlichen Rechte haben. Staat und Staatsorgane sind eine juristische Einheit; ihre Pflichten und Befugnisse sind die dem Staat aus seiner Rechtsordnung erwachsenen „Rechte", d. h. Staatspflichten.

Ist die Zuständigkeit eines Organes aber nicht ein ihm zustehendes subjektives öffentliches Recht, so ist jeder Streit, den staatliche Organe über ihre Zuständigkeit führen (Kompetenzkonflikt), ein Streit um objektives Recht. Vollzieht sich dieser Streit in den Formen eines Prozessverfahrens, so trägt das ergehende Urteil den Charakter einer verbindlichen Rechtsbelehrung über den Inhalt der Sätze des objektiven Rechts. Niemals spricht es subjektive öffentliche Rechte zu oder verneint sie.

Die Zuständigkeit lässt sich also ganz allgemein definieren als die öffentlichrechtliche Befugnis eines Staatsorganes, die ihm durch Rechtssatz zugewiesenen staatlichen Aufgaben wahrzunehmen.

Die Organisationsgesetze des Staates deuten die Zuständigkeit der einzelnen Staatsorgane nur in grossen Umrissen an. Die Praxis des Staatslebens erfordert aber eine weit eingehendere Zuständigkeitsordnung für die einzelnen Staatsorgane, ein Bedürfnis, das die für diese erlassenen Organisationsgesetze befriedigen, und dem weiter durch Verfahrensbestimmungen, Ausführungsgesetze und Dienstverwaltungsordnungen Rechnung getragen wird.

II. Für die Wahrnehmung einer seiner wichtigsten Funktionen, der Rechtsfunktion, hat der moderne Staat eine komplizierte Zuständigkeitsordnung ausgebildet.

Die Verwirklichung des Rechtszweckes durch den Staat macht zwei verschiedene staatliche Betätigungsformen erforderlich: die Rechtssetzung und die Rechtsprechung [1]). Beide hat der Staat verschiedenen Organen zugewiesen: die Gesetzgebung der Volksvertretung und dem höchsten Staatsorgan zu einheitlicher Rechtswillenserklärung und die Rechtsprechung den Gerichten.

An der Spitze aller Rechtssätze über die Zuständigkeit der Gerichte steht der allgemeine verfassungsrechtliche Grundsatz, dass die richterliche Gewalt durch Gerichte ausgeübt werde, und garantierend nennt der Staat diese Behörden unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene [2]).

Der Hauptinhalt der richterlichen Gewalt wird von der Rechtsprechung umfasst, der Gerichtsbarkeit i. e. S., die ihrerseits wieder in eine den ordentlichen und eine den Sondergerichten zugewiesene Gerichtsbarkeit zerfällt.

III. Die die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bestimmenden Rechtssätze haben zunächst den Zweck, deren Zuständigkeitssphäre von der anderer Staatsorgane abzugrenzen und ihr einen bestimmten Inhalt zu geben. Die Differenzierung der Gerichte durch die Gerichtsverfassung, bedingt durch die unendliche Mannigfaltigkeit des Rechtslebens und der den Gerichten obliegenden Aufgaben, als deren Folge die verschiedene Stellung der Gerichte in der Gerichtsorganisation, erfordert des weiteren Rechtssätze, die eine diesen Momenten entsprechende Verteilung der von der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte umfassten Angelegenheiten anordnen.

---

[1]) Die selbstverständlich erforderlich werdende Justizverwaltung, die einen unselbständigen Teil der allgemeinen Staatsverwaltung bildet, dürfte hier ignoriert werden.

[2]) Vgl. z. B. den den art. 30 und 107 der belgischen Verfassung nachgebildeten Art. 86 der PrVU. und § 1 GVG.

So folgen denn auch dem Rechtssatz des § 13 GVG., der den ordentlichen Gerichten alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zuweist (Zulässigkeit des Rechtsweges), — vorbehaltlich der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte oder reichsgesetzlich bestellter oder zugelassener Sondergerichte – das gegenseitige Verhältnis der verschiedenartigen Gerichte normierende Rechtssätze über deren sachliche Zuständigkeit.

Nach Art und Wert des Streitgegenstandes oder nach der Art des Verfahrens differenzieren diese Rechtssätze die rechtsprechende Funktion und weisen sie entsprechend dieser verschiedenartigen Wertung den nach ihren Zwecken verschiedenartig organisierten Gerichten zu. Die sachliche Zuständigkeit eines Gerichtes bedeutet dessen öffentlichrechtliche Befugnis, die einheitliche Funktion der Rechtsprechung in dem ihm durch das Verteilungsprinzip zugefallenen Rahmen wahrzunehmen.

Die abstrakten sachlichen Zuständigkeitsnormen erfordern als notwendiges Korrelat zu konkreter Gestaltung der Zuständigkeitsordnung eine Reihe weiterer Vorschriften, die aus der Zahl sachlich gleichermassen zuständiger Gerichte ein individuelles Gericht zur Entscheidung eines konkreten Rechtsstreites berufen. Diese Bestimmungen normieren die räumlichen Beziehungen, in denen ein Rechtsstreit zum Bezirk eines individuellen Gerichtes stehen kann, sei es durch seinen Gegenstand oder die persönlichen Verhältnisse einer der streitenden Parteien — regelmässig des Beklagten —. Jene räumlichen Beziehungen, teils rein faktischer Natur, teils auf einem Rechtsverhältnis beruhend, bilden die in der Masse sachlich zuständiger Gerichte individualisierend wirkenden Berufungsgründe — Gerichtsstände — für ein einzelnes Gericht zur Streitentscheidung, begründen seine örtliche Zuständigkeit.

Neben sachlicher und örtlicher Zuständigkeit steht noch eine dritte, sogenannte funktionelle oder Verrichtungszuständig-

keit[3]). Sie umfasst die Kompetenz der sachlich und räumlich zuständigen Gerichtsbehörden zur Wahrnehmung gewisser Rechtspflegefunktionen in derselben Sache, „bezweckt also eine Kooperation der Gerichte in derselben Sache“[4]).

IV. Die Gesamtheit der Rechtssätze über die den ordentlichen Gerichten generell zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten, über ihre sachliche, örtliche, funktionelle Zuständigkeit, bildet die Zuständigkeitsordnung der ordentlichen Gerichte. Die Frage nach deren Rechtscharakter, nach ihrer Stellung im System des Rechts, involviert die gleichen Fragen hinsichtlich des Zivilprozessrechtes. Entscheidend ist die aus dem Zivilprozessrecht selbst zu entnehmende Zweckbestimmung[5]).

Immanenter Zweck des Zivilprozessrechtes ist die Aufrechterhaltung der vom Staate gesetzten Rechtsordnung, des Rechtsfriedens. Urteil und Zwang sind Äusserungen der Staatsgewalt zur Erreichung dieses Zweckes. Die Zweckbestimmung des Zivilprozessrechtes, das die Funktion der Staatsgewalt im Dienste des Rechtsschutzes einer rechtlichen Ordnung unterwirft, ergibt unabweisbar dessen Charakter als öffentliches Recht.

Den Bestimmungen über die Realisierung des Rechtsschutzes im einzelnen sind logisch primär die Normen, die, sei es in abstracto oder in concreto, anordnen, welchem der

---

[3]) Wach, Hdb. I, S. 350, 392. Jäger, ZZP. Bd. 40, S. 131.

[4]) Wach, Hdb. I, S. 350. Die Hauptfälle dieser „Verrichtungszuständigkeit“, „funktionellen Zuständigkeit“, „Zuständigkeit nach Geschäften“ sind: der Instanzenzug, die Zuweisung des Erkenntnis- und des Zwangsverfahrens an das Prozess- und das Vollstreckungsgericht. Ferner die Funktionen des Amtsgerichtes als Konkursgericht, als Rechtshilfegericht, als Gericht der Beweissicherung, als Gericht zur Vornahme des Sühneversuches in Ehesachen u. a.

[5]) Wach, Hdb. I, S. 4 ff., S. 114 ff. und die dort zitierten Autoren. Jellinek, a. a. O. S. 381 ff. Ders., System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905. S. 381 fl.
Richard Schmidt, Lehrb. S. 2 ff.

verschiedenartigen Gerichte die rechtsschützende Funktion der Staatsgewalt jeweils zustehen soll.

Es bedarf nun keiner Erörterung, dass die Zuständigkeitsnormen, die Inhalt und Voraussetzung der staatlichen Rechtspflegetätigkeit generell regeln, die die Fundamente des Prozessrechtes i. e. S. bilden, dem gleichen Zwecke dienen wie das Zivilprozessrecht überhaupt. Sie sind ebenfalls öffentlichrechtliche Normen, die allerdings nicht in ihrer systematischen Einheit eine besondere Disziplin des öffentlichen Rechtes bilden wie das Zivilprozessrecht, sondern entweder diesem oder dem Verfassungsrecht der Gerichte eingegliedert sind.

Die Zuständigkeitsordnung gehört zum Staatsrechte im weiteren Sinne und steht dem logischen Verhältnisse entsprechend vor dem Prozessrecht.

V. Es ist schon dargelegt worden, dass die an die Gerichtsbehörden gerichteten Sätze des öffentlichen Rechtes, die die Voraussetzungen ihrer Tätigkeit bestimmen, diesen keine subjektiven öffentlichen Rechte, sondern nur öffentlichrechtliche Befugnisse gewähren.

Eine andere Frage ist die, ob nicht für die der Gerichtsgewalt des Staates Unterworfenen aus den Rechtssätzen der Zuständigkeitsordnung ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf das Tätigwerden dieses oder jenes Gerichts entsteht. Zur Beantwortung dieser Frage ist eine Betrachtung der Theorie des Rechtsschutzanspruches notwendig [6]).

Die vielvertretene Theorie des Rechtsschutzanspruches [7]) geht dahin, dass dem Rechtssubjekt ein publizistischer Anspruch zustehe, kraft dessen es die Gerichtsgewalt des Staates

[6]) Selbstverständlich kann im Rahmen dieser Arbeit nicht des näheren auf die Theorie des Rechtsschutzanspruches und die an sie sich anschliessenden literarischen Kontroversen eingegangen werden.

[7]) Vgl. bes. Jellinek, System Kap. IV, VI, VII u. S. 122 ff.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes. Aufl. 1911 S. 145 ff.

im individuellen Interesse in Bewegung setzen könne. Dieser Anspruch fliesse aus der Anerkennung des Staates, durch die ein Subjekt Rechtssubjekt, Persönlichkeit, werde. Rechtspersönlichkeit aber bedeute einen vom Staat anerkannten und zugleich gewährleisteten status.

Es bedarf keiner Erörterung, dass die Frage nach einem aus der Zuständigkeitsordnung resultierenden öffentlichrechtlichen Anspruch des der Gerichtsgewalt Unterworfenen identisch ist mit der Frage nach der Existenz des Rechtsschutzanspruches überhaupt.

Die Gegner der Theorie des Rechtsschutzanspruches leugnen dessen Existenz als eines selbständigen publizistischen gegen den Staat gerichteten Anspruches. Sie vertreten die Ansicht, dass der sogenannte Rechtsschutzanspruch ein aus den Rechtssätzen über das Prozessverfahren sich ergebendes Reflexrecht sei, das sich keineswegs zu einem öffentlichrechtlichen Anspruch verdichtet habe. Dieser Anspruch sei nichts weiter als ein Ausfluss der allgemeinen persönlichen Handlungsfreiheit des Menschen.

Betrachtet man die beiden Kategorien, unter die man nach den verschiedenen Ansichten den Rechtsschutzanspruch subsumiert, so findet man zunächst, dass subjektives öffentliches Recht und Reflexrecht sich durch kein äusseres Merkmal unterscheiden. Entscheidend muss also die Gesetzesauslegung sein. Die schwere Unterscheidbarkeit beider Begriffe hat denn auch zur Aufstellung eines allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruches, als eines umfassenden subjektiven öffentlichen Rechtes geführt, das jedem Subjizierten gegen den Staat zusteht [8]).

Es ist kein Zweifel, dass sich unter diesen Kompromissbegriff der Rechtsschutzanspruch, gleichviel vom Standpunkt welcher Theorie aus, subsumieren lässt. Dass sich aber der Rechtsschutzanspruch aus diesem allgemeinen Anspruch als selbständiger, subjektiver öffentlichrechtlicher Anspruch heraus-

[8]) Fleiner, a. a. O. S. 150.

schälen lässt, soll in Folgendem durch die scharfe Betonung der Begriffsmerkmale des subjektiven öffentlichrechtlichen Anspruchs und die Feststellung des Vorhandenseins dieser Merkmale bei dem Rechtsschutzanspruch bewiesen werden.

Wo immer man mit dem Begriff des Anspruches operiert, hat man einen Berechtigten und einen Verpflichteten zu unterscheiden. Verpflichteter ist bei dem subjektiven öffentlichrechtlichen Anspruch der durch seine Organe handelnde Staat. Seine Verpflichtung ist generell festgelegt durch die Sätze des objektiven Rechts. Berechtigter ist der der Staatsgewalt Unterworfene. Die Berechtigung gründet in der staatlichen Anerkennung des Berechtigten als Rechtspersönlichkeit. Sie ist also für alle vom Staate mit Rechtspersönlichkeit Ausgestatteten die gleiche.

Aus der einander gegenüberstehenden generellen Berechtigung einerseits und der generellen Verpflichtung andererseits entsteht aber ein individueller Rechtsschutzanspruch erst durch den von Individualinteresse beherrschten Willen eines Einzelnen der vielen Berechtigten, ein Wille, der den vom Prozessrecht generell gewollten Erfolg in individualistischer Form herbeiführt [9]).

Erhebt der Berechtigte den Rechtsschutzanspruch, so begehrt er vom Staat, dass dieser in bestimmter, prozessmässiger Weise die Staatsgewalt ausübe, in konkreter Anwendung auf die Zuständigkeitsordnung, dass er in eine Prüfung darüber eintrete, ob seine Rechtsschutzpflicht bestehe oder nicht bestehe.

In der Vornahme dieser Prüfung besteht die Leistung, zu der der Staat gegenüber dem Subjizierten verpflichtet ist.

Man darf also die Frage nach der Entstehung subjektiver öffentlichrechtlicher Ansprüche aus der Zuständigkeitsordnung für den der Staatsgewalt Unterworfenen bejahen, Ansprüche, die allerdings ohne ein sich auf der Zuständigkeitsordnung aufbauendes Verfahren wegen ihrer Unselbständigkeit gänzlich wertlos sind.

[9]) Fleiner, a. a. O. S. 148.

§ 3.

II. Die Einwirkungen des Parteiwillens auf die Zuständigkeitsordnung im allgemeinen.

I. Für die Rechtssätze des öffentlichen Rechtes gilt prinzipiell der vielfache Durchbrechungen erleidende Grundsatz ihrer absoluten Verbindungskraft, der Einflusslosigkeit des Parteiwillens auf ihren rechtlichen Inhalt. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest[1]). Indes die absolute Verbindungskraft eines Rechtssatzes ist kein Begriffsmerkmal für seinen öffentlichrechtlichen Charakter. Vielmehr kann sich der Gesetzgeber im Gebiete des öffentlichen Rechtes ebenfalls der dispositiven Normierungsmethode bedienen, wenn er diese aus irgendwelchen Gründen für angebracht hält. Nur ist für das öffentliche Recht der römische Grundsatz: Legitima conventio est, quae aliqua lege confirmatur[2]) besonders zu betonen, d. h. alle öffentlichrechtlichen Normen sind nur insoweit dispositiv, als sie der Gesetzeswille als dispositiv bezeichnet oder seine systematische Interpretation einer dispositiven Auffassung des Rechtssatzes nicht entgegensteht.

In konkreter Anwendung auf die Zuständigkeitsordnung heisst dies: alle die Zuständigkeit betreffenden Rechtssätze sind prinzipiell absolut verbindlich, insbesondere da, wo der Gesetzgeber der absoluten Verbindungskraft durch die Wahl einer besonderen Ausdrucksform einen unzweideutigen sprachlichen Ausdruck gegeben hat, also in allen Fällen „ausschliesslicher" Zuständigkeit. Sie sind nur insoweit dispositiv, als das Gesetz dem Parteiwillen ausdrücklich Einfluss verstattet oder die systematische Auslegung der Zuständigkeitsvorschrift ihren dispositiven Charakter ergibt. Der gesetzlich anerkannte Parteiwille ist, soweit er inhaltlich vom Gesetz bestimmt ist, immer strikte zu interpretieren.

---

[1]) l. 38 D. de pactis 2, 14.

[2]) l. 6 D. de pactis 2, 14.

II. Für die Zuständigkeitsordnung verkehrt sich das Prinzip absoluter Verbindungskraft der Rechtssätze des öffentlichen Rechts geradezu in sein Gegenteil, wenn man von den wenigen, jeder Parteivereinbarung entzogenen, sachlichen oder örtlichen Zuständigkeitsvorschriften absieht und insbesondere die funktionelle Zuständigkeitsordnung ausser Betracht lässt. Denn dem Parteiwillen ist durch verschiedene Vorschriften eine sehr weitreichende Einwirkung auf die Zuständigkeitsordnung gestattet. Der Grund hierfür liegt in der Erkenntnis der sekundären subjektiven Zweckbestimmung der Prozessrechtssätze, auf die eben dieses Zweckes wegen der Parteiwille nicht ohne Einfluss sein darf.

Die Einwirkungen des Privatwillens auf die Zuständigkeitsordnung sind entweder mittelbare oder unmittelbare.

1. Einer mittelbaren Beeinflussung ist indes nur die Gerichtsstandsordnung fähig; denn die sachliche Zuständigkeitsordnung verteilt nach allgemeinen Kriterien die erstinstanzlichen Rechtsstreitigkeiten unter die verschiedenartigen Gerichte.

a) Unter den mittelbaren Einwirkungen des Parteiwillens auf die Gerichtsstandsordnung ist an erster Stelle die aus der Begründung des Wohnsitzes folgende zu nennen. Diese ist eine nach Analogie der Rechtsgeschäfte zu behandelnde Rechtshandlung[3]). Mit und durch die Begründung des Wohnsitzes entsteht ipso iure die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes, in dessen Bezirk der Wohnsitz des Begründers gelegen ist[4]). Ohne einen auf die Wohnsitzbegründung gerichteten Willen kann der allgemeine Gerichtsstand des § 13 ZPO. nicht entstehen, andererseits ist aber für seine Entstehung auch ein gegensätzlicher Wille des Begründers eines Wohnsitzes bedeutungslos.

b) Ein weiterer mittelbarer Einfluss des Parteiwillens auf die Gerichtsstandsordnung liegt in der der Gerichtsstands-

[3]) arg. BGB. §§ 7 III, 8.

[4]) Vgl. auch BGB. §§ 24, 57 u. § 17 ZPO.

vereinbarung sehr nahestehenden Abrede eines Erfüllungsortes. Beide unterscheiden sich durch das Kriterium unmittelbaren Einflusses des Parteiwillens auf die Gerichtsstandsbegründung. Die vertragsmässige Abrede eines anderen als des nach den allgemeinen materiell rechtlichen Normen platzgreifenden Erfüllungsortes ist eine den Vertragsparteien gestattete Änderung des normalen Vertragsinhaltes. Nach § 29 der ZPO. ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Gerichtssprengel der normale oder vereinbarte Erfüllungsort belegen ist. Der Wille der Parteien ist nur auf Änderung des normalen Vertragsinhaltes gerichtet. Diese hat ipso iure den Eintritt des Gerichtsstandes gemäss § 29 ZPO. zur Folge, gleichgültig, ob dieser von den Parteien gewollt oder nicht gewollt ist. Die betreffende Sache ist mit der Beredung des Erfüllungsortes ohne weiteres der regelrechten Zuständigkeit des Gerichtes, in dessen Gerichtssprengel der Erfüllungsort liegt, unterworfen. Ganz anders bei der Gerichtsstandsvereinbarung, deren wesentliches Erfordernis die bisherige Unzuständigkeit des Gerichtes ist, auf deren Behebung der Parteiwille unmittelbar gerichtet sein muss [5]).

2. a) Von den sich auf örtliche und sachliche Zuständigkeit gleicherweise beziehenden unmittelbaren Einwirkungen ist der Schiedsvertrag die umfänglich weitreichendste. Durch einen derartigen Vertrag sind die Parteien imstande, fast die gesamte streitentscheidende Tätigkeit der ordentlichen Gerichte auszuschalten, d. h. deren Zuständigkeit, und ihre Rechtsstreitigkeiten von ihnen freigewählten Schiedsrichtern zu überweisen.

---

[5]) Wach, Archiv Bd. 62, S. 374. „Es ist der Kompetenzgrund als solcher unmittelbar im Willen zu suchen, nicht ist derselbe nur mittelbar durch die Lokalisierung der Streitsache wie bei der Beredung eines Erfüllungsortes der Obligation gesetzt. Hier wird die Streitsache, weil in den Gerichtssprengel gehörig, von der regelrechten Kompetenz des Gerichtes ergriffen. Dort wird die einem anderen Gerichtssprengel angehörige Sache durch Begründung des Streitverhältnisses vor das inkompetente Gericht gezogen."

Jede Rechtsstreitigkeit, deren Erledigung durch Vergleich möglich ist — also weitaus der grösste Teil aller Rechtsstreitigkeiten —, kann Gegenstand eines Schiedsvertrages sein. Ausser dieser Beschränkung enthalten die Bestimmungen der ZPO.[6]) nur noch den Ausschluss eines generellen Schiedsvertrages. Wie die Zuständigkeitsvereinbarung, so muss auch der Schiedsvertrag ein spezialisierter sein.

Seine prozessuale Bedeutung liegt darin, dass im landgerichtlichen Verfahren der Beklagte die Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache schlechthin verweigern darf und sowohl im land- wie im amtsgerichtlichen Verfahren — doch ist es hier ins Ermessen des Gerichtes gestellt — in gesonderter Verhandlung eine Entscheidung herbeiführen kann[7]). Wird der Einrede des Schiedsvertrages stattgegeben, so wird die Klage a limine abgewiesen. Die Klagabweisung erfolgt nicht wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes, gleichviel ob das angegangene Gericht an sich zuständig oder unzuständig ist, sondern wegen des Ausschlusses der ordentlichen Gerichte durch den Schiedsvertrag, und folgedessen der Unzuständigkeit wie aller, so auch des angegangenen Gerichtes.

b) Das klägerische Wahlrecht des § 35 ZPO. bietet an sich keine Möglichkeit, die Zuständigkeitsordnung durch Parteiwillensakt zu beeinflussen, denn es setzt eine Mehrheit schon zuständiger Gerichte voraus. Wohl aber ist diese Möglichkeit gegeben, wenn die Parteien das klägerische Wahlrecht durch vertragsmässige Abmachungen beschränken und ein an sich zuständiges Gericht durch eine derartige vertragsmässige Beschränkung aus dem Kreis zuständiger Gerichte ausscheiden lassen.[8])

c) Die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 33 ZPO. eine Widerklage zu erheben, stellt einen

[6]) ZPO. §§ 1025, 1026.
[7]) ZPO. §§ 275 I, 504 III.
[8]) Vgl. § 9 V, S. 66 f.

weiteren Fall unmittelbaren Einflusses des Parteiwillens auf die Zuständigkeitsordnung dar. Denn ist die Widerklage zulässig, so ist es gleichgültig, ob bei dem Gericht der Vorklage ein Gerichtsstand für die Widerklage gegeben ist. Ob aber der Gerichtsstand der Widerklage entstehen soll oder nicht, steht allein im Willen des Widerklägers. M. a. W.: Rechtsgrund dieses Gerichtsstandes ist, abgesehen von dem diese Befugnis des Widerklägers vorsehenden Gesetz, der diese Befugnis ausübende Wille des Widerklägers. Das forum connexitatis des § 33 ZPO. bietet die Möglichkeit, durch einseitigen Parteiwillensakt ein örtlich unzuständiges Gericht zuständig zu machen. Es handelt sich hierbei lediglich um einen Sonderfall des klägerischen Wahlrechtes. Während dies sonst schon zuständige Gerichte voraussetzt, ist dem Kläger, der einen Anspruch selbständig oder im Wege der Widerklage verfolgen kann, nach seiner Wahl die Möglichkeit gegeben, zwischen dem oder den für die Klage schon zuständigen Gerichten und einem für die Widerklage an sich unzuständigen Gerichte zu wählen, das eben durch seine Wahl zuständig wird.

d) Der Hauptfall der Parteiwillkür auf dem Gebiete der Zuständigkeitsordnung ist die Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

Während der Schiedsvertrag die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in den zulässigen Grenzen ausschaltet, wird durch die Zuständigkeitsvereinbarung die Zuständigkeit an sich unzuständiger ordentlicher Gerichte unter gewissen Beschränkungen begründet. Der Wille der die Zuständigkeitsvereinbarung schliessenden Parteien ist Zuständigkeitsgrund, ein Zuständigkeitsgrund, der auf der Anerkennung des Privatinteresses beruht, das die Parteien an einer Verschiebung der normalen Zuständigkeitsordnung haben können Diese Anerkennung muss naturgemäss da entfallen, wo staatliche oder die Öffentlichkeit weitgehend berührende Interessen eine der Parteiwillkür entzogene zwingende Rege-

lung der Zuständigkeitsordnung erheischen [9]). Dies ist vor allem der Fall bei der zwingend normierten funktionellen Zuständigkeitsordnung und in den Fällen ausschliesslicher sachlicher und örtlicher Zuständigkeit, in denen das Gemeininteresse vor dem Privatinteresse Berücksichtigung fordert.

Die gesamte übrige Zuständigkeitsordnung unterliegt der Verschiebung durch Parteiwillen.

III. Die Einwirkungssphäre der Zuständigkeitsvereinbarung und des ihr gleichgestellten Tatbestandes des § 39 ZPO. ist folgende:

Eine örtliche Zuständigkeitsverschiebung kann in allen amts- und landgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten eintreten, sei es, dass ein beliebiges anderes Amtsgericht oder Landgericht prorogiert wird, oder aber, dass in amtsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten Prorogation eines sachlich und örtlich unzuständigen Landgerichtes eintritt, und umgekehrt. Die Rechtsstreitigkeiten, hinsichtlich deren prorogiert wird, dürfen indes nicht einem ausschliesslichen Gerichtsstand unterstellt sein. Dieser ist entweder das forum rei sitae des § 24 ZPO. [10]) oder der allgemeine Gerichtsstand, der in einigen Fällen besonderer Bedeutung zum ausschliesslichen Gerichtsstand erhoben ist.

Ebenso unbeschränkt ist die Möglichkeit einer sachlichen Zuständigkeitsverschiebung hinsichtlich der den Amts- und Landgerichten zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten. Die amtsgerichtliche Zuständigkeit ist nie ausschliesslich [11]), die landgerichtliche in einigen Fällen. In allen Fällen amtsgerichtlicher Zuständigkeit besteht also die Möglichkeit unbeschränkter, sachlicher Prorogation des Landgerichtes und in den Fällen nicht ausschliesslicher landgerichtlicher Zuständigkeit die des Amtsgerichtes. Ausschliesslich sachliche Zuständigkeit besitzen die Landgerichte in folgenden Fällen:

---

[9]) arg. die Aufzählung der Fälle ausschliesslicher Zuständigkeit in § 3 III S. 27.

[10]) § 5 I S. 44.

[11]) RG. Bd. 9 S. 349 ff.

1. Für die im GVG. § 70 Z. 1 und 2 genannten Rechtsstreitigkeiten, und falls die Landesgesetzgebung von der ihr in Absatz III leg. cit. erteilten Ermächtigung Gebrauch gemacht hat, auch für diese.

2. In allen nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten, GVG. §§ 23 mit 70, — verbunden mit § 40, Abs. II ZPO.

Abgesehen von diesen ausdrücklich im GVG. oder der ZPO. benannten Fällen ausschliesslicher sachlicher Zuständigkeit ist diese noch in zahlreichen anderen Gesetzen ausgesprochen so

3. für das HGB. bei der Anfechtungsklage eines Generalversammlungsbeschlusses, oder bei der Klage auf Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft oder Kommandit-Aktiengesellschaft, HGB. §§ 271, 272 II, 320 II, 309.

4. Das Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 1889 i. d. F. d. Bek. v. 20. 5. 1898 statuiert in § 51 für die Klage auf Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses ausschliessliche landgerichtliche Zuständigkeit, ebenso für die Klage auf Nichtigerklärung einer Genossenschaft, § 96 leg. cit.

5. Desgleichen bestimmt das Ges. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. 4. 1892 i. d. F. d. Bek. vom 20. 5. 1898 ausschliessliche landgerichtliche Zuständigkeit für die Auflösungsklage aus Gründen der §§ 61 I, 62, 75, vorbehaltlich der Zuständigkeit der Behörden für streitige Verwaltungssachen.

6. Ebenso ist ausschliessliche landgerichtliche Zuständigkeit bestimmt in § 49 des Börsen-Ges. vom 8. 5. 1908 i. d. F. d. Bek. v. 27. 5. 1908 für Schadenersatzklagen gegen den Emittenten wegen unrichtiger Prospekte, auf Grund deren die Zulassung der Wertpapiere erfolgte.

In den Fällen von 3 bis 6 tritt zur ausschliesslichen Zuständigkeit der Landgerichte noch die ausschliessliche ört-

liche des Landgerichtes, in dessen Gerichtssprengel die genannten Gesellschaften ihren Sitz haben oder die Börse gelegen ist. Zur ausschliesslichen Zuständigkeit der Landgerichte vergleiche man ferner:

7. § 94 des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juni 1906 i. d. F. d. Bek. v. 15. Juni 1909 [12]),

8. § 5 III des Gesetzes betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen v. 20. 5. 1898 und § 6 des Ges. betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. 7. 1904,

9. § 19 des Beamten-Hinterbliebenen-Ges. v. 17. 5. 1907,

10. § 35 des Militär-Hinterbliebenen-Ges. v. 17. 5. 1903,

11. § 39 des Offizier-Pensionsgesetzes v. 31. 5. 1906,

12. § 42 des Ges. betr. die Versorgung der Personen der Reichsheerunterklassen v. 31. 5. 1906 [13]).

Für all diese Rechtsstreitigkeiten, soweit sie vermögensrechtlicher Natur sind, ist von grösster Bedeutung, dass sie hinsichtlich der Revision vom Erfordernis der Revisionssumme befreit sind, § 547 Z. 2. ZPO.

Zu erwähnen sind schliesslich noch die absoluten Gerichtsstandsnormen für die Restitutions- und Nichtigkeitsklagen des § 584 ZPO., als deren Folge die ausschliessliche sachliche Zuständigkeit der betr. Gerichte erscheint.

IV. Abgesehen vom ordentlichen Verfahren vor den Amts- und Landgerichten kennt die ZPO. noch besondere Verfahrensarten für bestimmte Rechtsstreitigkeiten, hinsichtlich derer kurz der Kreis zu zeigen ist, in dem die Parteivereinbarung von Bedeutung sein kann.

Aus diesen besonderen Verfahrensarten sind auszuscheiden das den Amtsgerichten zugewiesene Entmündigungs- und Auf-

[12]) Vgl. auch § 17 II des Wechselstempelgesetzes v. 15. 7. 1909.

[13]) Zit. nach Seuffert, Kom. 11. Aufl. § 1 n. 1 litt. h—p. und Stein, Kom. 10. Aufl., § 1 III 3.

gebotsverfahren, die ihrem rechtlichen Grundzug nach als der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugehörig zu betrachten sind [14]).

Es bleiben zu betrachten: das den Amtsgerichten zugewiesene Mahn- und Konkursverfahren und das Zwangsvollstreckungsverfahren, wo Amts- und Landgerichte nebeneinander fungieren, und die allein zur Zuständigkeit des Landgerichtes gehörenden Verfahren in Ehe- und Kindschaftssachen.

1. Hinsichtlich des Mahnverfahrens ist die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes eine ausschliessliche, ZPO. § 689 I, weil funktionelle; eine Prorogation ist ausgeschlossen. Die örtliche Zuständigkeit ist die normale, sich aus den allgemeinen Gerichtsständen ergebende. Daher können die Parteien vereinbaren, dass ein bestimmtes, an sich für die Mahnsache örtlich unzuständiges Gericht für den Erlass eines Zahlungsbefehles zuständig sein soll, arg. ZPO. § 689 II.

2. Eine ausschliessliche, sachliche und örtliche Zuständigkeit besitzt das Amtsgericht im Konkursverfahren, Konk.-O. §§ 71, 214, 238. Die ausschliessliche örtliche Zuständigkeit wird bestimmt durch die gewerbliche Niederlassung des Gemeinschuldners, subsidiär durch dessen allgemeinen Gerichtsstand. Ein anderes als das so bestimmte Amtsgericht kann nie örtlich zuständig werden. Eine Parteivereinbarung zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Gläubigern kann in keiner Weise Platz greifen. Ja das mit dem Konkursverfahren befasste Amtsgericht wird sogar für die sogenannten Feststellungsklagen des § 146 der Konk.-O. ausserhalb seiner örtlichen Kompetenz ausschliesslich zuständig, falls die Feststellungsklage in seinen sachlichen Zuständigkeitsbereich fällt, ebenso das Landgericht, in dessen Bezirk das mit dem Konkurse befasste Amtsgericht liegt, für die Feststellungsklagen landgerichtlicher Kompetenz. Etwaige Zuständigkeitsvereinbarungen örtlicher Natur werden unwirksam, während die sachlicher Natur rechtswirksam bleiben.

---

[14]) So auch Wach, Hdb. I S. 395.

3. Für das Zwangsvollstreckungsverfahren, in dem Amts- und Landgerichte nebeneinander fungieren, bestimmt § 802 ZPO.: Die in diesem Buche angeordneten Gerichtsstände sind ausschliessliche. Abgesehen von den Fällen, wo die ausschliesslichen Gerichtsstände des § 802 ZPO. gleichzeitig auch eine ausschliessliche sachliche Zuständigkeit des betr. Gerichtes zur Folge haben, ist hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit eine Vereinbarung der Parteien möglich und erlaubt [15]). Beispielsweise können die Parteien für die Klage auf Erlass des Vollstreckungsurteils in einer amtsgerichtlichen Rechtsstreitigkeit sehr wohl das Landgericht zuständig machen und vice versa, § 722 II ZPO. Das Gleiche gilt für die Interventionsklage des § 771 ZPO [16]), für die Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel und solche Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden, ZPO. § 796 III [17]), für die Klage des nichtbesitzenden Pfandgläubigers nach ZPO. § 805 II. auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse u. a.

4. In Ehesachen haben die Landgerichte eine ausschliessliche sachliche Zuständigkeit, und zwar ist das Landgericht örtlich ausschliesslich zuständig, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ZPO. 606 [18]).

Ausschliessliche sachliche Zuständigkeit haben ferner die Landgerichte in Kindschaftssachen als nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten, GVG. § 23 mit § 70. Die Klagen werden erhoben im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten.

Es ist nun noch sehr zahlreicher Vorschriften in der ZPO. und der Konk.-O. Erwähnung zu tun, die die sachliche

---

[15]) RG. Bd. 13 S. 368 ff.

[16]) Vgl. auch ZPO. § 772, S. 2.

[17]) ZPO. §§ 797 V, 800 III.

[18]) Die Parteidisposition könnte höchstens in einer Beschränkung des Wahlrechtes des Klägers bestehen, sofern mehrere Landgerichte ausschliesslich zuständig sind. Über die Möglichkeit einer solchen Beschränkung vgl. § 9 V S. 66 f.

Zuständigkeit der Gerichte für irgendwelche Verfügungen und andere nur im Verfahren selbst mögliche Akte normieren. Diese Vorschriften unterliegen nie der Parteidisposition; sie haben stets den Charakter absoluter Rechtssätze.

Nach dieser allgemeinen Kennzeichnung der durch die Parteivereinbarung und den ihr gleichgestellten Tatbestand des § 39 ZPO. gegebenen Verschiebungsmöglichkeiten innerhalb der Zuständigkeitsordnung sind die Beschränkungen der Zuständigkeitswirkung der §§ 38, 39 ZPO. des näheren darzulegen.

III. Die Beschränkungen der Zuständigkeitswirkung der §§ 38, 39 ZPO.

§ 4.

1. Allgemeine Beschränkungen.

Der § 38 ZPO. erklärt die Parteivereinbarung, der § 39 den Tatbestand mündlichen Verhandelns des Beklagten zur Hauptsache ohne Rüge der Unzuständigkeit zu Zuständigkeit begründenden Umständen. Beide unterliegen in ihrer Zuständigkeitswirkung gewissen Beschränkungen; diese beziehen sich zunächst auf Eigenschaften des zu prorogierenden Gerichtes und sind allgemeiner Natur. Sie beschränken die Zuständigkeitswirkung der Tatbestände der zitierten Paragraphen

1. auf ordentliche Gerichte, — im Gegensatz zu den Sondergerichten, —
2. auf an sich unzuständige,
3. erstinstanzielle Gerichte, und nur
4. auf Gerichte — im Gegensatz zu den Gerichtsabteilungen.

ad 1.) Unter Ausschluss jeder Privatgerichtsbarkeit, die als streitentscheidende Tätigkeit lediglich noch für das schiedsrichterliche Verfahren in Frage kommt, kennt das GVG. nur ordentliche und Sondergerichte. Ihr wechselseitiges Verhältnis entscheidet die Frage, ob die Parteivereinbarung und der ihr gleichgestellte Tatbestand des § 39 ZPO. Zuständigkeit begründend für ein ordentliches Gericht hinsichtlich der den Sondergerichten zugewiesenen Rechtstreitigkeiten wirken können und umgekehrt.

Ordentliche Gerichte und Sondergerichte unterscheiden sich dadurch, dass jene eine generelle, diese eine spezialisierte Gerichtsbarkeit üben. Entsprechend diesem Verhältnis bewendet es bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit, soweit Sondergerichte fehlen. Bei Vorhandensein von Sondergerichten ist ihnen als Geschäftskreis ein Ausschnitt der primär der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterworfenen Rechtsstreitigkeiten zugewiesen. Je nach der Intensität der rechtspolitischen Zuweisungsgründe sind die ihn bestimmenden Normen entweder absolut oder dispositiv normiert. Soweit ihre Zuständigkeit absolut normiert ist, ist jede Prorogation und jede Zuständigkeitsbegründung gemäss § 39 ZPO. der ordentlichen Gerichte in den den Sondergerichten zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten schlechthin ausgeschlossen [1]). Das Gleiche gilt für die Rechtsstreitigkeiten, hinsichtlich deren der Rechtsweg unzulässig ist. Nicht aus der verbindlichen Kraft der Zuständigkeitsordnung der Sondergerichte, wohl aber aus ihrem Charakter als einer spezialisierten und prinzipiell subsidiären geht hervor, dass umgekehrt Sondergerichte nicht in den der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterworfenen Rechtsstreitigkeiten prorogiert, auch nicht gemäss § 39 ZPO. zuständig werden können, weil sie der Gerichtsbarkeit für diese Rechtsstreitigkeiten ermangeln.

Aus dem Verhältnis der Zuständigkeitssphären von ordentlichen und Sondergerichten folgt ferner, dass, wenn

[1]) GGG. § 6, KGG. § 6.

ein Sondergericht nach §§ 38 oder 39 ZPO. zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen und ein Urteil hat ergehen lassen, dies rechtskräftig gewordene Urteil in einem Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten nie die Einrede der res iudicata begründen kann. Es ist schlechthin nichtig.

Anders dagegen beurteilt sich der unter gleichen Umständen erfolgte Übergriff eines ordentlichen Gerichtes in die Zuständigkeitssphäre eines Sondergerichtes. Da jenen nicht die Gerichtsbarkeit, sondern nur die Zuständigkeit in concreto mangelt, so heilt dieser Mangel mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils [2]).

Ausserdem finden nach EGZPO. § 3 die Vorschriften der ZPO. nur auf Rechtsstreitigkeiten Anwendung, die vor die ordentlichen Gerichte gehören, und auf das Verfahren vor den Sondergerichten nur insoweit, als dies besonders angeordnet ist [3]). Ja soweit mangels der Sondergerichte die ihrer Zuständigkeit unterworfenen Rechtsstreitigkeiten den ordentlichen Gerichten belassen sind, kann die Landesgesetzgebung ein von den Vorschriften der ZPO. abweichendes Verfahren anordnen, EGZPO. § 3 II [4]).

Soweit nun der Geschäftskreis der Sondergerichte dispositiv normiert ist, und die Vorschriften der ZPO. auf die reichsgesetzlich bestellten oder zugelassenen und dann nach Landesrecht organisierten Sondergerichte Anwendung finden, kann in den diesen zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten nur ein Zuständigwerden der ordentlichen Gerichte gemäss §§ 38 und 39 ZPO. in Frage kommen Denn gesetzt den Fall, die für die Sondergerichte erlassenen Gesetze anerkennten die §§ 38 und 39 ZPO. in der Begrenzung des § 40 ZPO. als Zuständigkeitsgründe, so würde doch immer noch den Sondergerichten

---

[2]) ZPO. §§ 274 I Z. 1, 551 Z. 4, 40 II, 274 III.
[3]) GGG. § 26; KGG. § 16; PrAG. ZPO. § 4.
[4]) EG GVG. § 3 III.

ausserhalb der ihnen nicht ausdrücklich zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten die Gerichtsbarkeit, das prinzipale Erfordernis der Prorogation, fehlen. Diese Zuständigkeitsvorschriften können aber nur innerhalb des den Sondergerichten zugewiesenen Geschäftskreises von Bedeutung sein. Dagegen würden die ordentlichen Gerichte, vorausgesetzt, dass die Zuständigkeit der Sondergerichte dispositiv normiert ist [5]), neben diesen zuständig gemacht werden können, da jene eine generelle Zuständigkeit üben. Damit wäre also in sachlicher Hinsicht die Möglichkeit einer elektiven Konkurrenz gegeben und in Verbindung mit dieser auch jede ein ordentliches Gericht betreffende Gerichtsstandsvereinbarung möglich.

Demgemäss bezieht sich die Zuständigkeitswirkung der §§ 38 und 39 ZPO. lediglich auf die ordentlichen Gerichte. Soweit jene Zuständigkeitswirkung sachlicher Natur ist, ist sie für die Sondergerichte in den nicht zu ihrem Geschäftskreis gehörenden Rechtsstreitigkeiten mangels Gerichtsbarkeit ausgeschlossen. Dasselbe gilt für die ordentlichen Gerichte bei absolut normierten sachlichen Zuständigkeitsnormen der Sondergerichte. Bei dispositiv normierter Zuständigkeitsordnung der Sondergerichte können die ordentlichen Gerichte immer gemäss §§ 38 und 39 ZPO. örtlich und sachlich zuständig werden, sofern dem nicht der § 3 des EGGVG. entgegensteht [6]).

ad 2.) Eine weitere schon begrifflich gegebene Voraussetzung der Zuständigkeitswirkung gemäss §§ 38 und 39 ZPO. ist die sachliche oder örtliche Unzuständigkeit des Gerichts, bei dem die Zuständigkeit eintreten soll. Entscheidend ist die objektive, sich aus den Zuständigkeitsnormen ergebende Unzuständigkeit des Gerichtes, nicht die von den Parteien in irgend einer Weise verkannte Zuständigkeit. Die subjektive,

[5]) Vgl. n. 4.

[6]) Stein, Kom. sub. II 3 zu § 38; Seuffert, Kom. sub. 1 zu § 38. Wach, Hdb. I, S. 503; Wittmaak, Archiv Bd. 90, S. 13 f.

d. h. die nur im Bewusstsein der Parteien vorhandene Unzuständigkeit erfüllt das Erfordernis des § 38 ZPO. nicht [7]).

ad 3.) Ferner: Das ordentliche, an sich unzuständige Gericht muss hinsichtlich der Zuständigkeitswirkung ein Gericht erster Instanz sein, nach den Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes, also entweder ein Amts- oder Landgericht [8]). Dies Erfordernis schliesst jede Zuständigkeitswirkung hinsichtlich der Rechtsmittelgerichte aus. Die besondere Aufstellung dieses Erfordernisses ist lediglich eine spezielle Anwendung des Satzes, dass die funktionelle Zuständigkeitsordnung der Disposition der Parteien entzogen ist. Und dass gerade der Hauptfall der funktionellen Kompetenz, der Instanzenzug, absolut normiert ist, ist selbstverständlich.

ad 4.) Die Zuständigkeitswirkung der §§ 38 und 39 ZPO. kann ferner nur bei „Gerichten", als den Trägern staatlicher Zuständigkeiten, eintreten. Sie ist demgemäss ausgeschlossen für die speziellen Abteilungen eines Gerichtes. Diese kommen überhaupt nicht als Träger staatlicher Zuständigkeiten in Betracht, sondern ihnen ist lediglich innerhalb der Zuständigkeit des durch sie gebildeten Gerichtes ein bestimmter Geschäftskreis als Objekt ihrer richterlichen Tätigkeit unterworfen. Das Gericht, die synthetische Einheit seiner Gerichtsabteilungen, kann als Träger der Zuständigkeit Objekt der Zuständigkeitswirkung sein, nicht dagegen die einzelne Kammer. Niemand hat das Recht — die ZPO. kennt keinen die Parteien ermächtigenden Rechtssatz — sich seinen Richter zu wählen.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen ist nunmehr der Einfluss des Privatwillens auf die Geschäftsverteilung zwischen den bei den Landgerichten bestehenden Zivilkammern und den Kammern für Handelssachen zu untersuchen.

Beide Kammern in ihrer Einheit sind Träger der land-

---

[7]) RG. Bd. 37 S. 372, dagegen unrichtig PosMSchr. 05 S. 96.
[8]) GVG. §§ 12, 23, 70, 123, 135.

gerichtlichen Zuständigkeit und infolgedessen prinzipiell zur Entscheidung landgerichtlicher Rechtsstreitigkeiten gleichermassen befugt. Hinsichtlich der aus der Zuständigkeit fliessenden Urteilsbefugnis und Urteilspflicht unterscheiden sich beide folgendermassen: Urteilsbefugnis und -pflicht hat die Zivilkammer in allen landgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten, die Kammer für Handelssachen nur in bestimmten, ihr besonders zugewiesenen, den Handelssachen. In allen landgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten wird die Urteilspflicht der Kammer für Handelssachen erst durch Parteiwillen oder durch den Tatbestand des § 103 II. GVG. begründet. Dieser Tatbestand schliesst die amtliche Verweisungsbefugnis der Kammer für Handelssachen in einer Nichthandelssache aus, sofern zur Hauptsache verhandelt und auf diese Verhandlung ein Beschluss verkündet ist. Beides ergibt sich daraus, dass mit dem Landgericht das Bestehen einer Zivilkammer untrennbar verbunden, die landgerichtliche Zuständigkeit schlechthin die der Zivilkammer ist. Dagegen ist die Errichtung einer Kammer für Handelssachen von einem besonderen Rechtspflegebedürfnis in Handelssachen abhängig. Ihr Geschäftskreis ist zwar ein durch die Natur der Sache gegebener, aber ein aus dem der Zivilkammer erst auszuscheidender.

Die in diesen Sätzen herausgestellte generelle unbedingte Urteilspflicht der Zivilkammer und die spezielle, zunächst durch ihren Geschäftskreis bedingte Urteilspflicht der Kammer für Handelssachen ist konsequent verwirklicht in dem Ausschluss jeder amtlichen Verweisungsbefugnis der Zivilkammer in Handelssachen und in der Zuweisung einer zeitlich begrenzten amtlichen Verweisungsbefugnis an die Kammer für Handelssachen, wenn diese eine Handelssache als nicht vorliegend erachtet.

In allen Fällen ist für die Verhandlung eines Rechtsstreites vor der einen oder der anderen Kammer massgebend der durch das Gericht festzustellende objektive Charakter des

Rechtsstreites als einer Handels- oder Nichthandelssache. — Jura novit curia! — Der Parteiwille entbehrt in dieser Hinsicht jedes Einflusses [9]).

Erst auf der Basis dieser Feststellung kann der Parteiwille einen massgebenden Einfluss entfalten. Dieser Einfluss bezieht sich aber nur auf die Aufrechterhaltung der gesetzlichen Geschäftsverteilung zwischen beiden Kammern. Unter der Voraussetzung objektiven Feststehens des Charakters des Rechtsstreites ist es ganz im Belieben der Parteien gelegen, die Wirkung dieser Geschäftsverteilung auszulösen, abgesehen vom Fall des § 103 II GVG.

Die Form, in der sich der Parteiwille zu äussern hat, ist die des Antrages. Handelssachen, prinzipiell zur Entscheidung durch die Zivilkammer gelangend, müssen erst durch den Antrag des Klägers in der Klagschrift oder den in mündlicher Verhandlung gestellten Antrag des Beklagten vor die Kammer für Handelssachen gebracht werden, um deren Urteilsbefugnis und Urteilspflicht zu begründen, GVG. §§ 102 I, 104 I. In Nichthandelssachen hat die Kammer für Handelssachen ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien eine amtliche Verweisungsbefugnis, sofern diese nicht durch mündliche Verhandlung zur Hauptsache und Verkündigung eines Beschlusses auf dieselbe präkludiert ist. Daneben steht das Recht des Beklagten, auf Verweisung des Rechtsstreites vor die Zivilkammer anzutragen, GVG. § 103 I u. II.

Da einerseits eine Parteivereinbarung der amtlichen Verweisungsbefugnis der Kammer für Handelssachen nicht entgegenstehen und andererseits ein Recht des Beklagten, auf Verweisung anzutragen, nicht mehr vorhanden sein kann, wenn diese gem. GVG. § 103 II präkludiert ist, so scheidet der ausserprozessuale Ausschluss des Antragsrechtes des Beklagten bei Nichthandelssachen aus der Erörterung aus. Der vertragsmässige Ausschluss betrifft entweder das Recht

---

9) GVG. §§ 104 III, IV; 103 II.

des Klägers, auf die Verhandlung des Rechtsstreites vor der Kammer für Handelssachen anzutragen, oder das Recht des Beklagten, den vor die Zivilkammer gebrachten Rechtsstreit durch Antrag vor die Kammer für Handelssachen zu ziehen.

Es bleibt also zu betrachten, ob die Parteien im Wege des Vertrages sich verpflichten können, in einer Handelssache auf die Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen zu verzichten, d. h. keinen diesbezüglichen Antrag zu stellen, des weiteren die prozessuale Wirkung des vertragsmässigen Ausschlusses des Antragsrechtes auf das Gericht, auf die Verweisungspflicht der Zivilkammer, die Urteilspflicht der Kammer für Handelssachen.

Es kann nun kein Zweifel sein, dass die Parteien einen Vertrag dieses Inhaltes mit zivilrechtlicher Wirkung schliessen können. Dieser Vertrag ist ein Verpflichtungsvertrag und legt dem prozessualisch Antragsberechtigten die Verpflichtung auf, von seinem Antragsrechte keinen Gebrauch zu machen. Die Leistung besteht also in beiden Fällen für den Verpflichteten in einem Unterlassen. Dass für den Kläger aus dem Vertrag die Verpflichtung folgt, gegebenenfalls die Klage bei der Zivilkammer zu erheben, ändert daran nichts; denn diese Verpflichtung ist nur eine mittelbare, erst auf der Basis des vertragsmässigen Unterlassens der Antragstellung entstehende. Abgesehen von sonstigen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen steht der zivilrechtlichen Verbindlichkeit eines solchen Vertrages kein gesetzliches Verbot hindernd im Wege, das übrigens den Vertrag auch nur dann nichtig macht, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Da dieser Vertrag den allgemeinen zivilistischen Normen untersteht, so begründet seine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einen Schadenersatzanspruch gemäss BGB. § 276.

So zweifellos die zivilrechtliche Verbindlichkeit dieses Vertrages ist, ebenso zweifellos ist seine prozessuale Unwirksamkeit.

Alle Vorschriften des GVG. über das Verhältnis der beiden landgerichtlichen Kammern sind Vorschriften für den Richter. Entweder wird durch sie die Urteilsbefugnis der Zivilkammer ausgeschlossen und damit die latent vorhandene Urteilspflicht der Kammer für Handelssachen ausgelöst oder umgekehrt. Die Vorschrift, dass eine vor die Zivilkammer gebrachte Handelssache an die Kammer für Handelssachen zu verweisen ist, wenn der Beklagte darauf anträgt, schreibt dem Richter in absolut bindender Weise vor, von seiner Urteilsbefugnis keinen Gebrauch zu machen. Und ebenso wird die Kammer für Handelssachen in absolut bindender Weise angewiesen, eine Handelssache zu entscheiden, wenn der Kläger in seiner Klagschrift darauf angetragen oder der die Urteilsbefugnis der Zivilkammer ausschliessende und die der Kammer für Handelssachen begründende Willensakt des Beklagten die amtliche Verweisung des Rechtsstreites an die Kammer für Handelssachen zur Folge gehabt hat.

Die Urteilsbefugnis der Kammer für Handelssachen ist in einer Blankettnorm statuiert, d. h. dass es den Parteien in allen Fällen überlassen ist, sie durch einen vom Gesetz inhaltlich bestimmten Willensakt auszulösen. Erst durch das Medium des Parteiwillens wird jene Blankettnorm gesetzlicher Berufungsgrund für die Kammer für Handelssachen. Der gesetzliche Berufungsgrund ist für die Zivilkammer in allen Fällen absolut, für die Kammer für Handelssachen dagegen nur dispositiv gegeben. Aber auch dieser wird zu einem absoluten Berufungsgrund dann, wenn eine der streitenden Parteien von der gesetzlichen Ermächtigung des Verweisungsantrages Gebrauch gemacht hat. Der dem Gesetz entsprechende, von ihm als Berufungsgrund zur Streitentscheidung für die Kammer für Handelssachen anerkannte Wille einer der Parteien ist für das Gericht ein seine Urteilsbefugnis ausschliessender oder begründender Umstand. Nur den in seinem Inhalt legalisierten, nicht jeden irgendwie gearteten Willen der Parteien hat das Gericht zu prüfen.

Und dieser Willensenthalt ist strikte zu interpretieren. Der Parteiwille ist nur soweit legalisiert, als er ein die Urteilspflicht der Kammer für Handelssachen begründender Umstand ist; er entbehrt der gesetzlichen Legalisation, — und diese lässt sich auch nicht anderweit herausstellen — als ausserprozessualer Ausschliessungsgrund. Nur kraft und gemäss und nicht entgegen der Prozessordnung beherrscht der Parteiwille den Prozess.

Die erörterten Vorschriften sind bindende Anweisungen für das Gericht, seine richterliche Tätigkeit in dem Rechtsstreit zu entfalten. Ihre Voraussetzungen regelt das Gesetz, und nur das Gesetz, nicht ein allmächtiger Parteiwille. Man vergegenwärtige sich folgende Rechtslage: Ein Beklagter erhebt zulässigerweise beim Gericht der Vorklage die Widerklage. Der Widerbeklagte beantragt, die Widerklage wegen Unzuständigkeit des Gerichtes abzuweisen mit der Begründung, der Widerkläger habe für den geltend gemachten Anspruch ihm gegenüber auf die Ausübung der nach § 33 ZPO. dem Beklagten zustehenden Befugnis zur Erhebung der Widerklage verzichtet [10]). Es ist ein unmögliches Ergebnis, dem Parteiwillen die Macht einzuräumen, dem Gerichte vorzuschreiben, dass es seine richterliche Tätigkeit nicht aufnehmen darf, trotz objektiven Vorliegens aller Voraussetzungen, weil es subjektiver Willkür gefiel, diese für das Gericht durch ausserprozessualen Vertrag im konkreten Fall hinwegzudiktieren. Es hiesse dies die richterliche Bindung vom Parteiwillen, nicht vom Gesetz abhängig machen, den Parteiwillen zum Gesetzgeber ernennen. Die vertragliche Parteigebundenheit kann nicht ipso iure auch die Bindung des Gerichts an den Vertragsinhalt zur Folge haben.

Aus der Art dieser Vorschriften als gesetzlicher Berufungsgründe für das Gericht zur Streitentscheidung, aus dem zwingenden Charakter dieser öffentlichrechtlichen Normen

[10]) Vgl. § 3 II 2c S. 24 f u. § 9 V S. 66 f.

ergibt sich die prozessuale Unwirksamkeit des vertragsmässigen Ausschlusses des Rechtes, in einer Handelssache auf Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen anzutragen. Dies Ergebnis lässt sich aber auch durch folgende Erwägungen befestigen: Das Recht, in einer Handelssache auf Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen anzutragen, lässt sich entweder als Reflexrecht oder als subjektives öffentliches Recht begreifen. Ein Reflexrecht kann aber im technischen Sinn nicht verzichtbar sein; gibt man andererseits der Konstruktion als subjektives öffentliches Recht den Vorzug, so wird man dessen Verzichtbarkeit ebenfalls verneinen müssen. Denn dies Recht soll nicht dazu dienen, ein berechtigtes Einzelinteresse eines der Prozessbeteiligten zu wahren, sondern die bestmögliche, im allgemeinen Staatsinteresse liegende Rechtsverwirklichung zu garantieren, eine Tendenz, die ja gerade zur Errichtung dieser besonders sachverständigen Kammern für Handelssachen geführt hat.

Die gegnerische Ansicht [11]) operiert mit folgenden prozessualen Argumenten. Zwischen Verweisungsantrag und Unzuständigkeitseinrede besteht eine unverkennbare Analogie. Beide stehen unter dem Präklusionsprinzip. Die Unzuständigkeitseinrede wird durch ausserprozessualen Vertrag beseitigt. Dieser macht das vereinbarte Gericht mit unmittelbarer prozessualer Wirkung zuständig — expressis verbis ausgesprochen für die Unzuständigkeitseinrede in § 38 ZPO. —. Also kann sich auch der Beklagte, soweit Parteirechte in Frage stehen, einer bestimmten Gerichtsabteilung durch ausserprozessualen Vertrag unter Verzicht auf sein Ablehnungsrecht unterwerfen. Ein Grundsatz des modernen Rechtes — speziell in § 38 ZPO. zur Geltung gelangt —: wo Verzicht auf ein Recht gestattet ist, beseitigt der Vertrag über spätere Nichtausübung dieses Recht von vornherein, verlangt in konsequenter Anwendung die gegebene Entscheidung.

[11]) Vgl. Deybeck, a. a. O. S. 22 ff und die dort angegebenen Literaturnachweise.

Zunächst ist der Schluss, durch ausserprozessualen Vertrag werde die Unzuständigkeitseinrede beseitigt, falsch; denn er verwechselt Folge und Ursache, und von einem Ablehnungsrecht der landgerichtlichen Zivilkammer in Handelssachen kann gar keine Rede sein; denn dies Ablehnungsrecht und das Recht, auf Verweisung anzutragen, stehen in gar keinem Kausalverhältnis, sondern sind identische, verschiedenfach benannte Begriffe. Ferner das moderne in diesem Grundsatz enthaltene Recht ist nichts anderes als die Maske für den souveränen, gesetzgebenden Parteiwillen. Aus welchen prozessualen Normen sich jener Grundsatz herleitet, wird verschwiegen, da sie nicht auffindbar sind. Die privatrechtliche Auffassung von der grundsätzlichen Unbeschränktheit des Vertragsinhaltes und seiner Verbindlichkeit für die Kontrahenten hat ihn erzeugt, und kurzerhand wird diese privatrechtliche Auffassung auf die öffentlichrechtlichen zivilprozessualen Normen übertragen und dieser Verbindlichkeit des Vertragsinhaltes auch das Gericht unterworfen. Dass das Prozessgesetz einer solchen Vereinbarung entgegensteht, gibt zu Bedenken keinen Anlass. Man wird auch nicht stutzig, dass dieser moderne Grundsatz nur in § 38 ZPO. und sonst nirgends ausgesprochen ist. Man rechtfertigt die Erstreckung dieses Grundsatzes durch die zwischen Unzuständigkeitseinrede und Verweisungsantrag bestehende Analogie und die gleiche prozessuale Unterstellung beider unter das Präklusionsprinzip.

Man kann von der Analogie zwischen beiden absehen, und ihre Unterstellung unter ein ganz äusserliches, technisches Prozessbetriebsmittel ist ohnehin von keiner Bedeutung, und der analogen Erstreckung der Zuständigkeitswirkung durch ausserprozessualen Ausschluss des Verweisungsantragsrechtes entscheidend entgegenhalten: Das Gesetz, auch die Privatrechtsordnung, anerkennt doch nicht jeden wie immer gearteten Willen der Parteien, sondern nur den von ihm legalisierten. Der Wille der Parteien, gesetzlich bestimmt und damit strikte zu interpretieren, herrscht nicht entgegen, sondern nur kraft

des Gesetzes. Jene analoge Erstreckung stellt den Parteiwillen über das Gesetz und macht die prozessuale Bindung des Gerichtes nicht vom Gesetz, sondern vom Parteiwillen abhängig.

Der Antragsberechtigte wird mit seinem Antrage präkludiert, wenn er zur Sache verhandelt. Er wird nicht präkludiert durch einen im Prozess erfolgenden rechtsgeschäftlichen Verzichtsakt als solchen, sondern nur deshalb, weil in diesem rechtsgeschäftlichen Verzichtsakt das präkludierende Faktum zu sehen ist. Der Antragsberechtigte verhandelt zur Sache durch seinen Hinweis auf die prozessuale Sachlage, aber in einer Weise, die nicht Stellung des Verweisungsantrages ist. Also wird er mit seinem Antrage präkludiert. Daraus, dass sich durch die Sachverhandlung der Verzichtswille des Antragsberechtigten betätigen kann, ist nichts zu folgern; denn nicht der Wille, sondern das Faktum der Sachverhandlung ist Präklusionsmoment [12]).

Keiner weiteren Erörterung bedarf es, dass in den der Kammer für Handelssachen zugewiesenen landgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten die Prorogation auf ein Amtsgericht zulässig ist und umgekehrt [13]).

§ 5.

2. Besondere Beschränkungen.

Die besonderen Beschränkungen, die die ZPO. der Zuständigkeitsvereinbarung und der Zuständigkeitswirkung des Tatbestandes des § 39 ZPO. setzt, sind im § 40 II enthalten: „Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist".

I. Die Motive äussern über den legislativpolitischen Zweck dieser beiden Bestimmungen, dass sie eine Änderung

---

[12]) A. A. Wach, Hdb. I S. 368.

[13]) Vgl. § 3 III S. 26.

der vom Gesetz aus besonderen Rücksichten im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffenen Kompetenzbestimmungen verhindern sollen [1]). Dass das Gesetz alle nicht vermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten den Amtsgerichten entzieht und den kollegial organisierten Landgerichten zuweist, findet seinen Grund darin, dass diese streitigen Verhältnisse wegen ihres personenrechtlichen Charakters und der daraus resultierenden Tragweite naturgemäss eine andere, höhere Wertung erfahren müssen, einer „präsumtiv besseren Rechtsprechung" bedürfen, als die relativ wenig bedeutsamen vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Parteien. Der Staat ist meistenteils an den nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten der rechtsuchenden Parteien sehr interessiert, während bei den vermögensrechtlichen Streitigkeiten das staatliche Interesse grösstenteils fehlt, der Staat also in diesen Angelegenheiten das Privatinteressenmoment in weitgehendem Masse anerkennen kann.

Gleichzeitig sind die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch zum grossen Teil einem ausschliesslichen Gerichtsstand unterworfen [2]), der der allgemeine Gerichtsstand einer Partei ist. Die innerliche Zusammengehörigkeit beider Vorschriften ist also nicht zu verkennen.

Der Ausschluss der Prorogation und der Zuständigkeitswirkung des § 39 ZPO. beim ausschliesslichen Gerichtsstand der belegenen Sache — § 24 ZPO. [3]), der vermögensrechtliche Streitigkeiten betrifft, rechtfertigt sich zunächst dadurch, dass, soweit nach dem BGB. noch Landesgrundstücksrecht zur Anwendung gelangen kann, diesem individuell gearteten Recht am besten durch diesen Gerichtsstand Rechnung getragen werden kann. Sodann kommt entscheidend für diese Bestimmung in Betracht, dass auf die Rechtsverhältnisse des

[1]) Hahn, Gesammelte Materialien zur ZPO. S. 161.

[2]) ZPO. §§ 606, 648.

[3]) Andere ausschliessliche Gerichtsstände: § 39 der Strandungsordnung vom 17. Mai 1874; § 24 des Unl. Wettb. G. vom 7. Juni 1909; Konk. O. § 146. Zu diesem letzten vgl. § 3 IV 2 S. 29.

Grund und Bodens jede Einwirkung ausländischen Rechtes ausgeschlossen sein muss. Dies verdient wegen der weiten Möglichkeit des Zuständigwerdens ausländischer Gerichte einer besonderen Hervorhebung [4]).

II. Hinsichtlich solcher Rechtsstreitigkeiten, die nicht vermögensrechtliche Ansprüche betreffen, ist jedes Zuständigwerden kraft Parteiwillens oder als Tatbestandsfolge des § 39 ZPO. ausgeschlossen. Der Anspruchsbegriff der ZPO. geht umfänglich erheblich weiter als der des BGB. Er umfasst nicht nur das subjektive Privatrecht, von einem anderen ein Tun oder Lassen zu verlangen, sondern jedes vom Kläger behauptete materielle Recht, also jede wie immer geartete Urteilsbitte, mag sie nun eine Leistungs-, Feststellungs- oder Rechtsgestaltungsklage betreffen.

Dieser Anspruch ist ein vermögensrechtlicher, wenn er unmittelbar sich in Geld abschätzen lässt. Ein Anspruch, der sich nicht unmittelbar in Geld veranschlagen lässt, der erst die Basis vermögenswertiger Rechte bildet, also nur mittelbaren Vermögenswert besitzt, ist kein vermögensrechtlicher Anspruch. Jedes Urteilsbegehren, gerichtet auf eine Entscheidung über ein subjektives Vermögensrecht, ist ein vermögensrechtlicher Anspruch i. S. der ZPO. [5]).

Die Negation seines vermögensrechtlichen Charakters ergibt den Begriff des nichtvermögensrechtlichen Anspruchs des § 40 II ZPO. Nichtvermögensrechtliche Ansprüche in diesem Sinne sind zum Beispiel die Klagen auf Bestehen oder Nichtbestehen ehelicher Vaterschaft, alle sich aus der elterlichen Gewalt, aus der Ehe als solcher ergebenden Ansprüche u. a. Alle Statusklagen betreffen nichtvermögensrechtliche Ansprüche; Prorogation ist bei ihnen ausgeschlossen. Sie ist indes gestattet in einem Rechtsstreite, der lediglich

[4]) ZPO. § 328 Z. 1 und § 17 S. 101 ff.

[5]) ZPO. §§ 20, 23, 40, 546, 708 II Z 7, 709 II Z. 4; GVG. § 23 II. Z. 1.

die Unterhaltungsforderungen betrifft, auch dann, wenn der noch nicht festgestellte, diese bedingende status als Bestandteil des Klaggrundes erst durch das prorogierte, für die Statusklage an sich unzuständige Gericht festgestellt werden muss [6]). Eine objektive Klagenhäufung, Verbindung eines nichtvermögensrechtlichen Anspruches mit einem vermögensrechtlichen liegt nicht vor; die Behauptung ausserehelicher Vaterschaft ist lediglich in diesem Falle Bestandteil des Klaggrundes.

III. Des weiteren ist die Prorogation und die Zuständigkeitswirkung des § 39 ZPO. dadurch bedingt, dass der Klaganspruch keinem ausschliesslichen Gerichtsstand unterstellt ist.

Nach der Terminologie der ZPO. ist unter Gerichtsstand allein die örtliche Zuständigkeit eines Gerichtes zu verstehen [7]). Mann kann weder im Falle des § 40 II ZPO. unter Gerichtsstand sachliche und örtliche Zuständigkeit in gleicher Weise verstehen wollen, noch ein Bedürfnis nach analoger Erstreckung dieser Bestimmung auf die ausschliessliche sachliche Zuständigkeit der Gerichte anerkennen. Denn einmal ist es unerlaubt, fest ausgeprägte, eindeutige juristische Begriffe willkürlich zu verändern, zum anderen folgt schon ohnedies aus der absoluten Normierung der sachlichen Zuständigkeitsordnung die Einflusslosigkeit des Parteiwillens [8]). Nur innerhalb des Bereiches dispositiver Zuständigkeitsordnung ist der Parteiwille als Zuständigkeit begründender Umstand vom Gesetz anerkannt, ausserhalb dieses Bereiches entbehrt er jeden Einflusses. Die Bestimmung des § 40 II Halbs. 2 ist nichts weiter als ein ausdrücklicher Hinweis auf diesen allgemeinen Rechtssatz.

---

[6]) Kuttner, Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 529 ff.; Mariolle, Blf. RA. Bd. 63 S. 478; Nater, Archiv Bd. 95 S. 123. A. A. Stein, sub II 1 zu § 1, Seuffert, n. 2 zu § 20; Schefold, Archiv Bd. 99 S. 123; Hellwig, Lehrb. II S. 189, Aufl. 1903.

[7]) A. A. Stein, sub II 2 zu § 40 und n. 6 auf S. 120.

[8]) Vgl. § 3 I S. 21.

Ausschliesslicher Gerichtsstand ist unter den von der ZPO. anerkannten Zuständigkeitsgründen (ZPO. §§ 12 - 37) lediglich der Gerichtsstand der belegenen Sache. Die Subsumtion des materiell rechtlichen Inhaltes des § 24 ZPO. unter die sachliche Zuständigkeit ergibt, dass er der dispositiven Zuständigkeitsordnung angehört. Daraus folgt, dass hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit sowohl Prorogation wie Zuständigkeitswirkung nach § 39 ZPO., je nachdem der Rechtsstreit zur amts- oder landgerichtlichen Zuständigkeit gehört, bei den erstinstanzlichen Gerichten möglich ist. Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ist sie bei einem unzuständigen Gericht ausgeschlossen. Das in seiner örtlichen Zuständigkeit nach § 40 II ZPO. unausschliessbare Gericht ist im konkreten Rechtsstreite nur das betreffende Landgericht, in dessen Bezirk die Sache gelegen ist. Denn in Landgerichtssachen deckt sich der örtliche Zuständigkeitsbereich des Landgerichtes mit der Gesamtheit aller ihm angegliederten Amtsgerichtssprengel. Man nehme an, dass bei den Klagen des § 24 ZPO. amtsgerichtliche Zuständigkeit gegeben und die Sache im Bezirke nur eines Amtsgerichtes belegen ist [9]). Dann wäre nach § 24 ZPO. seine ausschliessliche örtliche Zuständigkeit gegeben, und ein anderes Amtsgericht könnte weder nach § 38, noch nach § 39 örtlich zuständig werden. Würde man aber entgegen den Vorschriften der §§ 38 ff. die Unmöglichkeit einer sachlichen Kompetenzverschiebung zwischen diesem Amtsgerichte und seinem Obergericht wegen der ausschliesslichen örtlichen Zuständigkeit jenes Amtsgericht annehmen, so hiesse das gleichzeitig diesen in allen Amtsgerichtssachen, wo es nach § 24 ZPO. ausschliesslich örtlich zuständig ist, auch ausschliessliche sachliche Zuständigkeit zusprechen. Dies widerspricht der sachlichen Zuständigkeitsordnung in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 38 ff. ZPO. und ausserdem dem logischen Verhältnis zwischen sachlicher und örtlicher Zuständigkeitsordnung.

[9]) ZPO. § 36 Z. 4.

Dasselbe gilt im umgekehrten Falle in entsprechender Weise. Würde dann die Immobilie etwa im Bezirke mehrerer Amtsgerichte liegen, so würde bei der Zuständigkeitsvereinbarung das vereinbarte Gericht hinlänglich bestimmt sein durch die Vereinbarung der Parteien, das nach § 36 Z. 4 ZPO. bestimmte Gericht solle zuständig sein.

Es ergibt sich also, dass in den Fällen ausschliesslicher sachlicher Zuständigkeit, die in den hier zu Rede stehenden Fällen nur den Landgerichten eignet, eine Zuständigkeitswirkung für die Amtsgerichte nach §§ 38, 39 ZPO. gemäss dem oben erörterten Grundsatz ausgeschlossen ist. Ferner, dass der einzige ausschliessliche Gerichtsstand — von den besonderen Verfahrensarten abgesehen — nur der der belegenen Sache ist und dass ZPO, § 40 II, verbunden mit § 24 ZPO. nach den obigen Erörterungen auch eine, allerdings sehr beschränkte, örtliche Zuständigkeitsverschiebung ermöglicht.

Endlich ist noch einer ganz besonderen Einschränkung der Zuständigkeitsvereinbarung zu gedenken. In § 89 Satz 2 bestimmt das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen, dass der Gerichtsstand der Niederlassung (d. h. die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes, in dessen Bezirk der Sitz des Unternehmens liegt, § 86 Z. 2 leg. cit.) nicht vertragsmässig ausgeschlossen werden darf. Dieser Gerichtsstand für ausländische Versicherungsgesellschaften ist nicht deshalb unausschliessbar, weil er ausschliesslich ist, sondern deshalb, weil ihn das Gesetz zum Schutze inländischer Versicherungsnehmer für unausschliessbar erklärt [10]).

Sachliche und örtliche Ausschliesslichkeit können für die Geltendmachung eines Anspruches gleichzeitig gegeben sein, so wenn in Ehesachen der Mann mehrere Wohnsitze hat und diese die ausschliessliche sachliche Zuständigkeit

[10]) A. Katz, Assek. Jahrg. 1904 S. 122 f. Vgl. auch § 115 leg. cit.

mehrerer Landgerichte begründen. Alsdann greift das klägerische Wahlrecht Platz; ob die Parteien dies ausschliessen, d. h. die Zuständigkeit eines der zuständigen Gerichte aufheben können, ob sie eines als ausschliesslich vereinbaren können, ob überhaupt die technische Zuständigkeitsvereinbarung ein Gericht ausschliesslich zuständig machen kann, ist erst später zu erörtern [11])

ZWEITES KAPITEL.

Die Rechtsgründe der Zuständigkeitswirkung, ZPO. §§ 38, 39.

I. Die Zuständigkeitsvereinbarung, ZPO. § 38.

1. Ihr Begriff und ihr Wesen.

§ 6.

a) Ihre rechtliche Natur.

I. Der § 38 ZPO. ermächtigt die Parteien zu eigener, d. h. von ihrem übereinstimmenden Willen abhängiger Prozessrechtsbestimmung. In dieser gesetzlichen Ermächtigung ist implicite die Legalisation des Willens der Parteien enthalten, der durch sie Gesetzesbestandteil wird. Die logische Folge der Ermächtigung ist die weitere Bestimmung des

[11]) Vgl. § 9 S. 62 ff.

Gesetzes, dass der sich entsprechend der Ermächtigung äussernde Wille der Parteien Rechtswirkungen erzeuge. Die Rechtswirkung wird also in Form eines Blankettgesetzes im Anschluss an die, an die Parteien gerichtete Ermächtigung ausgesprochen. Zu ihrer Entstehung ist zuvor nötig, dass das Blankettgesetz seinen Weg durch das Medium des Willens der Parteien nimmt.

Die Ermächtigung der Parteien durch den § 38 ZPO. geht nun des näheren dahin, ausserhalb der regelmässigen Zuständigkeitsordnung durch Vereinbarung einen an die übrigen Zuständigkeitsgründe des Gesetzes sich anreihenden weiteren Zuständigkeitsgrund zu setzen. Die Folge dieser Ermächtigung ist die Anerkennung des Vereinbarungswillens als Zuständigkeitsgrund unter den in der Ermächtigung bestimmten Voraussetzungen.

Daraus erhellt, dass der Willensakt der Parteien nur ein die Zuständigkeit des Gerichtes mitbegründender Umstand ist, der für die Zuständigkeitswirkung eine nur mittelbare Bedeutung hat. Diese tritt nicht ein kraft des Willens der Parteien, weil von ihnen gewollt, sondern kraft dessen Legalisation und der mit ihr verknüpften Rechtsfolge der gesetzlichen Anerkennung des Willens der Parteien als Zuständigkeitsgrund. In ihr ist der unmittelbare Zuständigkeitsgrund zu suchen.

II. Die Voraussetzung der Zuständigkeitswirkung gemäss § 38 ZPO. ist eine auf die Zuständigkeit eines unzuständigen Gerichtes gerichtete Vereinbarung. Die Vereinbarung ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft in der Form des Vertrages. Ihr begriffliches Erfordernis ist eine Mehrheit inhaltlich gleicher Willenserklärungen, die mit Bezug aufeinander abgegeben und ins Bewusstsein der kontrahierenden Rechtssubjekte getreten sein müssen. Die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien werden durch die Vertragsform zu einem einheitlichen Vereinbarungswillen zusammengeschlossen. Entsprechend

dem essentiellen Inhalt der Zuständigkeitsvereinbarung ist diese zu definieren als ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, als dessen rechtlichen Erfolg die Parteien die Zuständigkeit eines unzuständigen Gerichtes erreichen wollen.

Während nun das Gesetz bei zivilrechtlichen Verträgen dem rechtsgeschäftlichen Erfolgswillen der Parteien nur in wenigen Fällen hindernd im Wege steht und der Erfolg fast immer eintritt, weil von den Parteien gewollt, steht es anders um den prozessualen Erfolg eines derartigen Vertrages. Dieser ist immer abhängig von der gesetzlichen Anerkennung der ihn herbeiführenden Bedingungen, hier also des Willens der Parteien als Zuständigkeitsgrund. Nicht deshalb wird ein Gericht zuständig, weil die Parteien sich vertraglich auf ein bestimmtes Gericht zur Erledigung eines Rechtstreites einigen, sondern nur deshalb, weil das Gesetz diesen Willen als massgebend für die Begründung der Zuständigkeit erachtet.

Demgemäss ist die erwähnte Definition der Zuständigkeitsvereinbarung folgendermassen zu formulieren: Die Zuständigkeitsvereinbarung ist der von den Parteien als Zuständigkeitsgrund für ein unzuständiges Gericht gewollte und von der Prozessordnung als solcher anerkannte Vertrag.

III. Der Vertrag ist ein Vertrag des öffentlichen Rechtes; denn er disponiert einerseits über die den Gerichten infolge ihrer sachlichen Zuständigkeit gegebenen öffentlich-rechtlichen Funktionen, andererseits über die lokalen Beziehungen der erstinstanzlichen Gerichte zum Streitgegenstand kraft und entsprechend einer öffentlichrechtlichen Ermächtigung und begründet endlich die örtliche und sachliche Zuständigkeit, öffentlichrechtliche Eigenschaften eines Gerichtes. Er gehört also sowohl seinem Inhalt als auch seinem Zweck und endlich seinem Erfolg nach dem öffentlichen Recht an.

Ohne die unmittelbare, kraft der Legalisation des Parteiwillens eintretende prozessuale Wirkung der Zuständigkeitsvereinbarung, die weitere zivilrechtliche Verpflichtungen der

Parteien nicht entstehen lässt, wäre die Zuständigkeitsvereinbarung nur ein zivilistischer, den Beklagten zur Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede verpflichtender Vertrag ohne prozessuale Wirkung. Ob das Gericht bei unterlassener Unzuständigkeitseinrede durch den Beklagten und Kenntnis seiner Unzuständigkeit als zuständiges Gericht zur Streitentscheidung gelangen kann, hängt von der Gestaltung der Prozessordnung ab.

Dass die Zuständigkeitsvereinbarung Prozessrechtsgeschäft ist, bedarf keiner weiteren Erörterung, ebensowenig, dass sie, soweit ihr Abschluss in einen anhängig gewordenen Rechtsstreit fällt, Prozesshandlung ist. Fraglich ist lediglich, ob auch die vorprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung ebenfalls als Prozesshandlung anzusehen ist und den für diese geltenden Vorschriften der ZPO. untersteht, oder ob für sie die allgemeinen Vertragsgrundsätze gelten[1]).

Die erste Alternative ist die zutreffende Denn einerseits regelt die ZPO. die Voraussetzungen und Wirkungen der Zuständigkeitsvereinbarung, andererseits liegt ihre Zweckbestimmung gerade darin, für einen künftigen Prozess die primärsten Voraussetzungen zu treffen. Entscheidend ist ferner, dass die vorprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung dem Betrieb des Verfahrens unmittelbar angehört; denn andernfalls wäre ein Verfahren vor diesem, d. h. dem vereinbarten Gericht, gar nicht möglich. Und endlich erfordert der Begriff der Prozesshandlung keineswegs, dass das Verfahren schon im Gange begriffen sei, vielmehr deckt der Begriff auch vor- und ausserprozessuale Handlungen, wie die Erteilung der Prozessvollmacht, den Zustellungsauftrag u. a.

Also ist auch die vorprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung Prozesshandlung i. S. der ZPO.

---

[1]) Bejahend: Stein, sub II 1c zu § 38. Vgl. auch die Vorbem. zu § 128. Verneinend: Welsmann, Archiv Bd. 102 S. 207; Rosenberg, Stellvertretung. S. 165.

§ 7.

b) Ihr wesentlicher Vertragsinhalt.

Der wesentliche Vertragsinhalt der Zuständigkeitsvereinbarung besteht in zwei Momenten: 1. der Wille der Parteien muss auf die Zuständigkeit eines bestimmten unzuständigen Gerichtes gerichtet sein und sich 2. auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten beziehen [1]).

I. Die Vereinbarung unterliegt als Vertrag den allgemeinen Auslegungsregeln. Der Vertragswille braucht nicht auf die Behebung der abstrakten Qualität der Unzuständigkeit des betreffenden Gerichtes gerichtet zu sein; es genügt wenn sich der Wille der Parteien als dahingehend ermitteln lässt, dass sie im Falle des Rechtsstreites das vereinbarte Gericht mit der Sache befassen wollen [2]).

Die Zuständigkeitsvereinbarung kann nicht für die unzuständigen Gerichte generell getroffen werden. Vielmehr muss sie konkretisiert sein und ein bestimmtes Gericht bezielen. Dem Konkretisierungserfordernis ist aber schon dann hinreichend Rechnung getragen, wenn sich ein bestimmtes Gericht, von den Parteien als zuständig gewollt, ermitteln lässt. Diese Ermittlung muss sich indes objektiv aus dem Vertragsinhalt als möglich erweisen. Der klägerische Wille darf für sie nicht allein oder vorwiegend entscheidend sein, wie es z. B. bei der Klausel „klagbar aller Orten“ der Fall ist [3]). Diese Klausel begründet keine Prorogation wegen mangelnder Individualisierung des vereinbarten Gerichtes. An dem Erfordernis der Bestimmtheit des Gerichtes fehlt es

---

[1]) ZPO. §§ 38, 40 I.

[2]) Vgl. § 4 ad 2.) S. 34.

[3]) KGBl. 08 S. 55, wo eine Entscheidung des Kammergerichtes die Klausel „zuständig Berliner Gerichte“ für zulässig erklärt. Diese wird dahin ausgelegt, dass der Kläger befugt sei, bei einem der drei Berliner Landgerichte, bzw. bei den zu diesen gehörenden Amtsgerichten, Klage zu erheben!

ferner, wenn die Vereinbarung nur die Zuständigkeit eines oder mehrerer bestimmter Gerichte ausschliesst und sich aus dem Vertrage nicht ergibt, die Zuständigkeit welches Gerichtes die Parteien vereinbaren wollten. Denn der Vereinbarungswille muss auf die Begründung der Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes gerichtet sein, ein Erfordernis, dem durch eine Vereinbarung lediglich dieses negativen Inhaltes nicht Rechnung getragen wird[4]). Natürlich können durch die Zuständigkeitsvereinbarung auch mehrere unzuständige Gerichte für einen Rechtsstreit zuständig gemacht werden, sofern sie nur mit hinreichender Bestimmtheit bezeichnet sind, die dann zur Wahl des Klägers stehen.

II. Für die Zuständigkeitsvereinbarung gilt ferner das Prinzip der Spezialisierung. Nur ein Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten können Gegenstand des Prorogationsvertrages sein. „Es gibt keinen allgemeinen und keinen für ganze Kategorien von Klagen (etwa für alle vermögensrechtlichen Klagen bestimmter Art) zulässigen, sondern nur einen sachlich-konkreten gewillkürten Gerichtsstand“[5]).

Diese Bestimmung soll verhindern, dass durch Parteiwillen innerhalb der gesetzlichen Grenzen eine generelle Kompetenznorm gesetzt werde, wie sie etwa der § 12 ZPO. enthält. Sie soll einer willkürlichen Aufhebung des allgemeinen Gerichtsstandes vorbeugen [6]), von der allerdings nur dann die Rede sein könnte, wenn die Parteien die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtes als ausschliessliche bestimmten. Die entscheidende Bedeutung des Privatinteresses kann auch hinsichtlich einer völlig unbestimmten Zahl von Rechtsstreitigkeiten, die noch ganz in der Luft hängen können, nicht anerkannt werden. Es ist selbstverständlich, dass es das öffentliche Interesse verlangt, für solche Rechtsstreitigkeiten, deren

[4]) RG. in Gruchot Bd. 50 S. 120.

[5]) Wach, Hdb. I S. 502.

[6]) Motive, bei Hahn, Ges. Mat. S. 161.

materiell rechtliche Basis noch nicht, auch nicht einmal hypothetisch, vorhanden ist, die nicht einmal individualisiert im Bewusstsein der Parteien erscheinen, die reguläre Kompetenzordnung Platz greifen zu lassen. Wäre es anders, so würde man dieser ihre allgemeine und primäre Bedeutung rauben und sie prinzipiell zu einer subsidiären machen; in der generellen Parteivereinbarung dagegen hätte man die primäre Zuständigkeitsnorm zu sehen. Die gesamte Zuständigkeitsordnung erhielte einen suppletorischen Charakter. Gesetzgeberisches Motiv für die Zulassung der Kompetenzverschiebung durch die Parteien ist die Anerkennung des Privatinteresses, das jene an einer Verschiebung haben können. Die Anerkennung eines Parteiinteresses, das noch nicht die geringste Konkretisierung angenommen hat, wäre nicht mehr Anerkennung berechtigter Interessen, sondern Anerkennung schrankenloser Parteiwillkür. Die reguläre Zuständigkeitsordnung würde damit aufhören, Schranke des Parteiwillens zu sein.

So rechtfertigt sich denn die Bestimmung des § 40 I. ZPO. vollauf. Sie ist nunmehr im einzelnen zu betrachten.

Was unter einem Rechtsverhältnis und den aus ihm entspringenden Rechtsstreitigkeiten zu verstehen ist, bestimmt sich nach materiellem Rechte. Aus einem Rechtsverhältnis kann eine Mehrheit von Klagen folgen, für die alle die vereinbarte Zuständigkeit wirkt. Nicht für jeden einzelnen aus dem Rechtsverhältnis möglichen Rechtsstreit muss eine besondere Zuständigkeitsvereinbarung getroffen werden; es genügt, wenn hinsichtlich des Rechtsverhältnisses, in dem der Rechtsstreit radiziert ist, eine Zuständigkeitsvereinbarung stattgefunden hat. Damit ist aber der Kreis der Klagen für die Zuständigkeitswirkung der Vereinbarung für ein bestimmtes Rechtsverhältnis nicht erschöpft. Sie bezieht sich nämlich nicht nur auf die an sich aus einem Rechtsverhältnisse möglichen Klagen, sondern auch auf die Ansprüche, die erst durch das schuldhafte Verhalten einer Partei, also infolge eines irregulären Umstandes aus dem Vertragsverhältnis dem anderen Kontrahenten erwachsen [7]).

[7]) Vgl. auch Hessische Rechtssprechung Bd. 8 S. 147.

Ferner kann eine Zuständigkeitsvereinbarung auch über eine grosse Zahl nicht in einem einheitlichen Rechtsverhältnis gründender Rechtsstreitigkeiten getroffen werden, sofern diese nur benannt und nicht nach allgemeinen Kriterien bestimmt sind [8]).

Der Begriff der Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses ist nicht näher definiert. Er ist kein materiell rechtlicher, d. h. er bezieht sich nicht darauf, dass das Rechtsverhältnis schon eine irgendwie geartete materiell rechtliche Gestaltung erfahren haben muss. Vielmehr ist er ein subjektiver, lediglich aus dem Parteiwillen zu folgernder Begriff. Dem Erfordernis der Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses ist hinreichend Genüge geschehen, wenn dies in dem beiderseitigen Willen der Parteien als individualisiertes, von anderen Rechtsverhältnissen unterschiedenes erscheint.

III. Die Zuständigkeitsvereinbarung mit dem dargelegten gesetzlichen Inhalt, eine Prozesshandlung rechtsgeschäftlichen Inhaltes, untersteht hinsichtlich des Zustandekommens der Vereinbarung den allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften über die Verträge. Sie kann expressis verbis geschlossen werden, oder der auf den Vertragsschluss gerichtete Parteiwille kann konkludent zu folgern sein. Sie kann auch nur durch Stillschweigen eines der Kontrahenten zustande kommen, so z. B. wenn ein Vertragsantrag gleichzeitig die Offerte zu einer Zuständigkeitsvereinbarung enthält und nach der Verkehrssitte eine Annahmeerklärung für das den Gegenstand der Zuständigkeitsvereinbarung bildende Rechtsgeschäft nicht zu erwarten ist.

Die Zuständigkeitsvereinbarung führt also keine selbständige Existenz; sie erscheint immer als Annex eines bestimmten Rechtsverhältnisses, durch dessen Existenz ihr Bestand bedingt wird. Daraus folgt natürlich nicht das Er-

[8]) Dies aber nur dann, wenn auch der Vereinbarungswille des Klägers vorliegt. Vgl. § 18 S. 111.

fordernis einer zeitlichen Priorität dieses Rechtsverhältnisses und der Posteriorität der Zuständigkeitsvereinbarung. Ob diese vor oder nach dem Existentwerden des Rechtsverhältnisses abgeschlossen wird, ist gleichgültig; wesentlich ist nur ihre Konkretisierung, ihre Eigenschaft als Annex eines Rechtsverhältnisses.

Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist keiner Beschränkung unterworfen; dieser kann vor und im Prozess erfolgen, insbesondere durch ausdrücklichen Verzicht des Beklagten auf die Einrede der Unzuständigkeit [9]) und auch mittels der vorbereitenden Schriftsätze geschehen, sofern der beiderseitige Vereinbarungswille in ihnen einen deutlichen Ausdruck gefunden hat. Den Vereinbarungswillen kann man ferner in in den übereinstimmend gestellten Anträgen der Parteien auf Verweisung gemäss §§ 276 I und 505 I ZPO. finden. Doch ist daraus, dass der Beklagte die Behauptung einer Zuständigkeitsvereinbarung im vorbereitenden Schriftsatz nicht bestreitet oder eine solche Offerte nicht beantwortet, nicht zu folgern, dass er den Prorogationsvertrag schliessen wolle.

Die Zuständigkeitsvereinbarung ist formfrei, auch wenn sie im Gefolge eines einer Form unterworfenen Vertrages erscheint. Unterstellen sich Parteien durch rechtsgeschäftlichen Akt einer Form, so kommt § 127 BGB. in Anwendung [10]).

Die Zuständigkeitswirkung der Vereinbarung ist abhängig von einem unangreifbaren Rechtsgrund, d. h. von einem rechtswirksam erklärten Willen der Parteien. Wann dieser Wille rechtswirksam erklärt ist, wird grundsätzlich nach den Prozessgesetzen beurteilt [11]).

Eine selbstverständliche Anwendung findet dieser Grundsatz auf die im Prozess getroffene Zuständigkeitsvereinbarung. Die Möglichkeit, einen Irrtum geltend zu machen, ist aber

---

[9]) RG. Bd. 10 S. 63. Wach, Hdb. I S. 502 ff. u. a.

[10]) Vgl. auch RGB. § 125 II und die Ausnahmevorschriften der ZPO. in den §§ 1027, 1045.

[11]) Stein, Kom. Vorbem. V zu § 128.

bei der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit der Parteihandlungen eine sehr beschränkte. Diese Unwiderruflichkeit erfordert einmal das grosse Interesse, das jeder Prozessgegner an der Gültigkeit der einmal abgegebenen prozessuellen Erklärungen hat, zum anderen das Verhältnis der Parteien zum Gericht. Dies darf nicht durch die Geltendmachung von Willensmängeln einer fortwährenden Umgestaltung ausgesetzt sein. Im öffentlichen Interesse kann nur eine beschränkte Anfechtung von Prozesshandlungen wegen Willensmängeln zulässig sein.

Trotzdem auch die vorprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung eine Prozesshandlung ist und so jener obenerwähnte Grundsatz zur Anwendung gelangen müsste, finden bei ihr die Vorschriften des BGB. über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen der §§ 116—118, 119—124, 142, 143 entsprechende Anwendung. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass bei der ausserhalb des Prozesses vorgenommenen Zuständigkeitsvereinbarung die Parteien noch nicht in konkrete Beziehungen zu dem vereinbarten Gericht getreten sind und infolgedessen das allgemeine öffentliche Interesse an dem sofortigen und unwiderruflichen Zustandekommen der Prozesshandlung fehlt. Des weiteren hat aber auch der Vertragsgegner noch kein unmittelbares prozessuales Interesse erworben, das die strenge Behandlung auch der vorprozessualen Zuständigkeitsvereinbarung lediglich nach dem Prozessgesetz rechtfertigt, sodass also der Anwendung der bürgerlich rechtlichen Vorschriften keine Bedenken entgegenstehen.

§ 8.

c) Die Subjekte der Zuständigkeitsvereinbarung; ihre Rechtsnachfolger; Dritte.

I. Als Subjekte der Zuständigkeitsvereinbarung nennt das Gesetz die Parteien; darunter sind zu verstehen die die Zuständigkeitsvereinbarung schliessenden Kontrahenten in ihrer Eigenschaft als zukünftige Prozessparteien.

Da die Zuständigkeitsvereinbarung in jedem Fall Prozesshandlung ist, so erfordert sie in der Person der Vertrag schliessenden Parteien die Prozessfähigkeit, nicht die abstrakte Vertragsverpflichtungsfähigkeit der Privatrechtsverträge.

Wird die Zuständigkeitsvereinbarung von einem Vertreter geschlossen, so bedarf dieser entweder einer für diesen Fall spezialisierten Vollmacht [1]) oder er muss eine Vollmacht mit dem inhaltlichen Umfang der Prozessvollmacht des § 81 ZPO. oder diese selbst besitzen.

Durch den Anwalt als Vertreter einer Partei muss nur die im Laufe eines beim Landgericht anhängig gewordenen Prozesses getroffene Zuständigkeitsvereinbarung geschlossen werden.

II. Wie jedes Rechtsverhältnis äussert auch die Zuständigkeitsvereinbarung ihre rechtlichen Wirkungen zunächst nur unter den Vertragsparteien, für die allein die Zuständigkeitswirkung eintritt. Und zwar können die Kontrahenten die Zuständigkeitsvereinbarung ausdrücklich nur für sich als eine persönliche Rechtsbeziehung eingegangen sein, oder sie können sie von vornherein mit dem Willen, auch ihre Rechtsnachfolger dieser Wirkung unterwerfen zu wollen, geschlossen haben. Liegt der erste Fall vor, so muss sich dieser Wille der Parteien, die Zuständigkeitsvereinbarung als eine höchst persönliche Rechtsbeziehung eingegangen zu sein, unzweideutig aus dem Vertrag ergeben. Ein solcher Vertrag steht und fällt mit den Vertragskontrahenten, sei es dass sein Ende durch den Tod oder durch eine anderweitige Änderung in der Person eines der Kontrahenten durch Rechtsnachfolge herbeigeführt wird.

Die Parteien können die Zuständigkeitsvereinbarung aber auch eingegangen sein ohne den Willen höchst persönlicher Bindung und ohne ausdrückliche Willensäusserung, auch ihre Rechtsnachfolger dem von ihnen geschlossenen Vertrag

[1]) ZPO. § 83 II.

unterwerfen zu wollen. Alsdann erhebt sich die Frage, ob die Zuständigkeitsvereinbarung auch ihre Rechtsnachfolger bindet.

Es ist schon hervorgehoben worden, dass die Zuständigkeitsvereinbarung immer nur als Annex eines bestimmten Rechtsverhältnisses erscheinen kann und dass ihre hierdurch erfolgende Konkretisierung wesentliches Vertragserfordernis ist. Daraus erhellt zunächst, dass sie weniger für bestimmte Personen, also für die Subjekte des von ihr umfassten Rechtsverhältnisses getroffen wird, als vielmehr für dieses selbst. Das Rechtsverhältnis erhält durch die Zuständigkeitsvereinbarung eine bestimmte eigengeartete Gestaltung, die allein im Prozess in die Erscheinung tritt.

Es wird einer besonderen prozessrechtlichen Abmachung unterstellt und erfährt so zwar keine materiellrechtliche Änderung, wohl aber eine Modifikation für die Rechtsverfolgung.

Wenn aber der Erbe in das Rechtsverhältnis des Erblassers eintritt, so ist nicht abzusehen, weshalb er nicht auch in die prozessuale Modifikation dieses Rechtsverhältnisses eintreten soll. Ausserdem bleibt das vereinbarte Gericht zuständig, solange die Parteien nicht die Zuständigkeit aufgehoben haben, solange also der Vereinbarungstatbestand vorliegt. Ist aber der Wille des Erblassers für die Begründung jener Zuständigkeit kausal gewesen, so ist der Erbe jener Kausalwirkung ebenso unterworfen, wie er an jedem anderen rechtswirksamen, rechtsgeschäftlichen Willen des Erblassers gebunden ist. Es liegt kein Grund vor, für Prozessrechtsgeschäfte eine Ausnahme zu machen[2]) und die vertragliche Bindung mit dem Tode eines der Kontrahenten aufhören zu lassen.

Die gleiche Entscheidung ist auch für die Singularsukzession zu treffen, sei es dass eine Veränderung der Parteien durch Zession oder Schuldübernahme erfolgt. Die Singularsukzessoren treten in die von ihrem Rechtsvorgänger geschaffene Modifikation des Vertragsverhälnisses ein, sofern die Parteien

[2]) Vgl. Deybeck, a. a. O. S. 95 ff.

nicht die Vereinbarung als höchst persönliche Rechtsbeziehung eingegangen sind [3]).

Selbstverständlich ist ferner, dass eine vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses eingegangene Zuständigkeitsvereinbarung den Konkursverwalter bindet wie jeder andere Vertrag desselben [4]). Denn hier findet ja nicht einmal ein Wechsel des Kontrahenten statt, sondern der Konkursverwalter tritt, wie immer man seine Stellung auffassen mag, in die durch die Zuständigkeitsvereinbarung geschaffene Rechtslage ein, ohne selbst Beteiligter bei der Vereinbarung zu werden [5]).

III. Die Zuständigkeitsvereinbarung bindet ferner die im Prozess als Nebenpersonen Auftretenden, den Nebenintervenienten und die auf Grund der Streitverkündung des Beklagten in den Prozess Eintretenden [6]). Ebenso wird der Hauptintervenient, der ja eine selbständige Klage erheben könnte, der Zuständigkeitswirkung der Vereinbarung unterworfen.

Dagegen unterliegen ihr nicht Mitberechtigte oder Mitverpflichtete, insbesondere nicht der Bürge, auf den allerdings durch besondere vertragliche Abmachung die Zuständigkeitswirkung der Vereinbarung erstreckt werden kann [7]), und endlich nicht die Streitgenossen als solche, bei denen grundsätzlich eine selbständige Beurteilung der Zuständigkeitsvereinbarung für jeden einzelnen Platz greift [8]).

---

[3]) OLG. Bd. 17, S. 97; DJZ. 07 Nr. 1143; Reichel, Schuldmitübernahme S. 521; a. A. Deybeck, a. a. O. S. 94.

[4]) Doch vergleiche § 3 IV 2 S. 29.

[5]) RG. in Gruchot Bd. 38, Nr. 1169; Hellwig, Lehrb. II 279 ff.; Hamburger Gerichtszeitung Bd. 19 S. 192.

[6]) Vgl. die richtige Bemerkung der Motive: „Diese Personen sind Nebenpersonen im Prozess, ein Recht auf Verhandlung der Sache vor einem bestimmten Gericht steht ihnen nicht zu", bei Hahn, Ges. Mat. S. 162.

[7]) OLG Bd. 1, S. 239; Bd. 13, S. 81; ZZP. Bd. 36 S. 33 ff.

[8]) Vgl. indessen ZPO. § 62 I Halbs. 2.

§ 9.

d) Die negative Funktion der Zuständigkeitsvereinbarung.

I. Der Vereinbarungswille der Parteien äussert seine positive Funktion in der Begründung der Zuständigkeit eines unzuständigen Gerichtes. Demgegenüber erhebt sich des weiteren die Frage, ob der Vereinbarungswille gleichzeitig auch eine negative Funktion hat, d. h. ob den Parteien mit der Möglichkeit, durch Parteiwillensakt die Zuständigkeit unzuständiger Gerichte zu begründen, auch die andere Möglichkeit gegeben ist, durch Vereinbarung die Zuständigkeit der Gerichte aufzuheben. Anders formuliert lautet die Frage: Können die Parteien die ausschliessliche Zuständigkeit eines Gerichtes vereinbaren und dadurch die Unzuständigkeit der an sich mit dem vereinbarten Gericht konkurrierenden Gerichte herbeiführen [1])?

Zu dieser Frage nimmt das Gesetz nicht ausdrücklich Stellung; ihre Entscheidung muss also auf dem Wege einer systematischen Interpretation der Zuständigkeitsvereinbarung und ihrer Zweckbestimmung gesucht werden.

Ausserhalb jedes Zweifels steht jedenfalls die zivilrechtliche Verbindlichkeit der auf ausschliessliche Zuständigkeit gerichteten Vereinbarung, desgleichen ihre Klagbarkeit. Gegen den den Vertrag verletzenden Kläger hat der Beklagte einen allerdings nur schwer zu erweisenden Anspruch auf Schaden-

[1]) Mit wenigen Ausnahmen wird die Frage durchgängig von der Wissenschaft und der Praxis bejaht, so insbesondere von der gesamten Kommentarliteratur. Ausserdem vgl. z. B. Wach, Hdb. I. S. 503 sub d u. S. 504 n. 36; Rich. Schmidt, Lehrb. S. 228; Kleinfeller, Lehrb. S. 111 (früher gegensätzlicher Meinung vgl Kr V Schr. Bd. 35, S. 536); Kohler, Ges. Beiträge S. 142 ff., 272 ff.; Bunsen, ZZP. Bd. 35, S. 419; Deybeck, a. a. O. S. 57 ff. Aus der Praxis: RG. in Seufferts Archiv Bd. 49, S. 269; Warneyer E., Bd. 11, S. 56. RG. im Recht 05, S. 315 u. a. Verneinend: OLG. Bd. 13, S. 81, Bd. 15, S. 63; Hellmann, Lehrb. S. 121; Schwalbach, Archiv Bd. 64, S. 293.

ersatz, dem allein die vertragsmässige Festsetzung einer Konventionalstrafe Bedeutung verleihen kann.

Indes handelt es sich hier nicht um die zivilrechtliche Verbindlichkeit und deren Reaktionsfähigkeit, sondern um die unmittelbare prozessuale Wirkung einer solchen Vereinbarung.

II. Das durch die Vereinbarung zuständig gewordene Gericht tritt in die Reihe der übrigen aus anderen Rechtsgründen zuständigen Gerichte ein. Ob der Kläger dies aber mit der Sache befassen will, steht bei der elektiven Konkurrenz der zuständigen Gerichte in seinem Belieben. Durch die Vereinbarung wird das zuständig gewordene Gericht in die Zahl der klägerischer Elektion unterliegenden Gerichte eingereiht, die Zahl dieser Gerichte also um ein weiteres vermehrt. Hieran ist nur der Kläger interessiert. Wie soll nun der Beklagte seine Interessen an der Befassung gerade des vereinbarten Gerichtes mit der Streitsache wirksam wahrnehmen können, wenn man ihm den einzig wirksamen prozessualen Rechtsbehelf der Unzuständigkeitseinrede aus dem Vertrage versagt und ihn lediglich auf den zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch verweist? An der Geltendmachung dieses Anspruchs — von der Schwierigkeit des Beweises abgesehen — wird dem Beklagten meist nicht viel, aber an der Verhandlung vor dem vertragsmässig als ausschliesslich vereinbarten Gerichte alles gelegen sein.

III. Zur Anerkennung der Vereinbarung als Zuständigkeitsgrund hat die Berücksichtigung des Parteiinteresses geführt. Dies gesetzgeberische Motiv wird gänzlich verleugnet, wenn man im Falle einer ausschliesslichen Zuständigkeitsvereinbarung, in der sich gerade das Parteiinteresse, und zwar das beiderseitige, am stärksten dokumentiert, den Parteien die Befugnis zu einer solchen Vereinbarung nicht geben will. Berücksichtigt man dies, so kann kein Zweifel sein, dass die ratio legis in dem § 38 ZPO. den Interessen des

Beklagten ebenso dienen will, wie denen des Klägers. Schliesst man jedoch eine privative Zuständigkeitsvereinbarung aus, so hätte das Gesetz nur den klägerischen Interessen Rechnung getragen, die Interessen des Beklagten dagegen willkürlicher Verletzung durch den Kläger preisgegeben, also etwas sehr Unvollkommenes geleistet. Die ratio legis — „nicht der in den Motiven ausgedrückte Wille des Gesetzgebers“ [2]) — wäre dann im Gesetzestext nur bruchstückweise zum Ausdruck gekommen. Dies Resultat wäre gleichgültig, wenn die Fassung des Gesetzes einer privativen Zuständigkeitsvereinbarung hindernd im Wege stünde. Aber dies ist gerade nicht der Fall. Entgegen der ratio legis aber, nur weil das Gesetz die privative Zuständigkeitsvereinbarung nicht expressis verbis sanktioniert, die nur durch einen Auslegungsgrundsatz des öffentlichen Rechtes motivierte Folgerung zu ziehen, sie sei prozessualisch unwirksam, ist eine ganz verkehrte Auslegungsweise. Die ratio legis prävaliert jedem Auslegungsgrundsatz. Auch im öffentlichen Recht steht über dem sprachlichen Ausdruck des Gesetzes seine ratio, und hier umsomehr, als dieser einer solchen Auslegung keinesfalls widerstreitet.

Und weiter: Was heisst Zuständigkeit? Die Parteien können die Zuständigkeit eines unzuständigen Gerichtes begründen. Es ist eine willkürliche Auslegung, zu behaupten, sie könnten nur fakultative Zuständigkeit, auch wenn diese den Normalfall des Gesetzes bildet, begründen, dagegen keine ausschliessliche Zuständigkeit. Fakultative und ausschliessliche Zuständigkeit sind doch demselben Oberbegriff der Zuständigkeit einzuordnen. Und auch an der privativen Zuständigkeitsvereinbarung ist doch in erster Linie wesentlich, dass ein unzuständiges Gericht zuständig wird. Dass als Folgewirkung gleichzeitig die Unzuständigkeit anderer Gerichte sozusagen uno actu eintritt, diesen Umstand hat man ganz in den

[2]) Schwalbach, Archiv Bd. 64 S. 293 n. 54.

Vordergrund gerückt und dabei den Zuständigkeit begründenden Tatbestand, den Rechtsgrund der Unzuständigkeit der anderen Gerichte, zu sehr übersehen.

Der die Zuständigkeit begründende Parteiwille ist fähig, Aufhebungsgrund für die Zuständigkeit zuständiger Gerichte zu sein. Richtig ist, an all den Argumentationen gegen die Möglichkeit einer privativen Zuständigkeitsvereinbarung nur, dass die Parteien durch Vereinbarung nicht über die Zuständigkeit zuständiger Gerichte disponieren können. Es ist dagegen falsch, zu behaupten, dass diese Möglichkeit auch für den die Zuständigkeit eines unzuständigen Gerichtes begründenden Parteiwillen nicht vorhanden ist. Nur der Zuständigkeit begründende Vereinbarungswille, nicht jeder wie immer geartete Wille der Parteien ist auch in negativer Beziehung dispositionsfähig. Dem Creationsrecht der Parteien entspricht und muss gemäss der ratio legis ein Exclusionsrecht entsprechen.

Um endlich noch ein letztes Argument für die hier vertretene Ansicht anzuführen: die kraft Parteiwillens entstandene Zuständigkeit ist der gleichen Art wie die auf anderen Rechtsgründen beruhende. Sie ist ebenso eine gesetzliche, wie jede andere, wenn auch der Zuständigkeit begründende Tatbestand ein völlig subjektiver ist. Sie ist durch den Parteiwillen aufhebbar [3]), also muss es innerhalb des Kreises der Zuständigkeitsvereinbarung auch die übrige Zuständigkeitsordnung sein, zumal dem kein öffentliches Interesse entgegenstehen kann.

IV. Dass die Parteien eine privative Zuständigkeitsvereinbarung treffen können, ist dargetan, ob sie sie aber haben treffen wollen, ist Tat- und Auslegungsfrage [4]). Damit die Zu-

---

[3]) Vgl. § 10 ad 2) S. 68 f.

[4]) So auch Wach, Hdb. I, S. 504 n. 36; R. Schmidt, Lehrb. S. 228; Birkmeyer, Das gegenseitige Verhältnis . . . . S. 39. OLG. Bd. 17, S. 90.

ständigkeit eines Gerichtes als ausschliessliche vereinbart sei, muss man für den Vertrag das Erfordernis aufstellen, dass die Parteien ihrem Willen ebenso unzweideutig Ausdruck verleihen wie das Gesetz, wenn es die ausschliessliche Zuständigkeit eines Gerichtes statuiert.

Die privative Zuständigkeitsvereinbarung hat man verschiedenen Präsumtionen unterwerfen wollen, um Aushilfeentscheidungen für die Praxis zu geben, wenn sich die Tendenz des Parteiwillens nach der einen oder anderen Seite hin nicht ermitteln lasse. Entweder hat man präsumiert, die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtes sei eine ausschliessliche oder aber sie konkurriere mit der Zuständigkeit der übrigen aus anderen Rechtsgründen zuständigen Gerichte. Beide Ansichten haben in der Literatur und der Rechtsprechung Anhänger[5]). Die Mehrheit neigt dahin, die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtes als eine konkurrierende anzunehmen, sofern nicht besondere Anhaltspunkte für die gegenteilige Ansicht gegeben sind, ohne damit jedoch einer Präsumtion stattgeben zu wollen. Vielmehr behandelt sie die durch Vertrag begründete Zuständigkeit wie die „gesetzliche", die bei verschiedenfach gegebener Zuständigkeit im Regelfall auch immer eine fakultative, d. h. konkurrierende ist.

Die durch Vereinbarung begründete ausschliessliche Zuständigkeit eines Gerichtes unterscheidet sich von der durch das Gesetz statuierten dadurch, dass jene der Parteidisposition immer, diese nie unterworfen ist und dass auf jene nie Halbsatz 2 des § 40 II der ZPO. Anwendung findet.

V. In diesen Zusammenhang gehört auch die Erörterung über die Möglichkeit einer vertraglichen Beschränkung des klägerischen Wahlrechtes und deren prozessuale Wirkung.

[5]) Präsumtion der Ausschliesslichkeit: Westerburg, Gruchot, Bd. 21 S. 591, Bd. 25 S. 65; Deybeck, a. a. O. S. 65 ff. Bad. Rechtsprechung 09 S. 261. Präsumtion gegen die Ausschliesslichkeit: Kohler, Ges. Beiträge S. 275; OLG. Bd. 15 S. 66; die in ZZP. S. 314 zit. Entsch

Diese hat man aus dem der Vereinbarung zu Grunde liegenden Rechtsgedanken zu folgern gesucht und auch den des Schiedsvertrages zur Begründung herangezogen [6]).

Die analoge Erstreckung ist ungerechtfertigt. Man muss sie abweisen mit der Begründung, dass das Zivilprozessrecht nur in einem bestimmten Fall — der Zuständigkeitsvereinbarung — dem Vereinbarungswillen der Parteien über die öffentlichrechtliche Qualität der Zuständigkeit der Gerichte Dispositionsbefugnis eingeräumt hat, und dies nicht einmal expressis verbis, wie oben dargelegt ist. Eine weitergehende Dispositionsbefugnis erkennt aber das Gesetz nicht an. Eine solche Vereinbarung würde dem Gesetz derogieren. Im Recht herrscht aber nur der legalisierte, inhaltlich mehr oder weniger umgrenzte Parteiwille, nicht jeder beliebige. Und die erforderliche Legalisation lässt sich im Gebiete des öffentlichen Rechtes nicht durch die Heranziehung analoger Rechtsgedanken nachbringen.

§ 10.

2. Erlöschungsgründe der Zuständigkeitsvereinbarung.

I. Bei der Erörterung der Endigungsgründe der Zuständigkeitsvereinbarung drängt sich zunächst die Frage auf, ob die Disposition der Parteien auch kompetenzverneinend wirken kann, ob die Parteien die durch Vereinbarung begründete Zuständigkeit durch ebensolchen Willensakt wieder aufheben können. Hierfür sind zwei Möglichkeiten denkbar, entweder 1. dass die Parteien für dasselbe Rechtsverhältnis noch ein anderes Gericht als zuständig vereinbaren, oder 2. dass sie durch Aufhebung der Vereinbarung die reguläre Zuständigkeitsordnung wieder Platz greifen lassen.

ad 1. Durch die Zuständigkeitsvereinbarung wird das vereinbarte Gericht zuständig und reiht sich, abgesehen von

---

[6]) Deybeck, a. a. O. S. 64 ff. und für die bestrittene Argumentation Kohler, Ges. Beiträge S. 143.

dem Fall ausschliesslicher Zuständigkeitsvereinbarung den andern kraft der regulären Zuständigkeitsordnung zuständigen Gerichten an. Verabreden die Parteien nun hinsichtlich desselben Rechtsverhältnisses noch die Zuständigkeit eines anderen Gerichtes, so ist ihr Wille einer zwiefachen Auslegung fähig. Entweder sie wollen neben dem durch Vereinbarung zuständigen Gericht noch ein anderes Gericht als zuständig vereinbaren, oder sie wollen die frühere Vereinbarung durch die spätere aufheben. Ob das eine oder andere gewollt ist, ist eine hier nicht zu erörternde Auslegungsfrage. Dass aber das Prozessgesetz einer solch weiteren, neben die frühere tretenden Vereinbarung nicht entgegensteht, geht daraus hervor, dass die durch die Parteidisposition geschaffene Zuständigkeit nur die prozessuale Behandlung der regulären erfahren kann. Soweit also diese der Parteidisposition unterliegt, ist ihr auch die parteiwillensmässige, ad hoc geschaffene Zuständigkeit unterworfen, auch wenn sie als ausschliesslich vereinbart ist.

ad 2. Unmittelbar aus dem Gesetz lässt sich nicht entscheiden, ob die Parteien durch Aufhebung der Vereinbarung die reguläre Zuständigkeitsordnung wieder Platz greifen lassen können. Aus dem Schweigen des Gesetzes darf nun aber nicht gefolgert werden, dass die Parteien, weil sie dem vereinbarten Gerichte Zuständigkeit verliehen haben, sie ihm diese auch wieder entziehen können. Vielmehr hat dies Können ganz andere Gründe.

Die Zuständigkeitsvereinbarung soll dem Privatinteresse dienen: dieser Zweckbestimmung verdankt sie ihr Dasein. An der Aufrechterhaltung der durch Vereinbarung begründeten Zuständigkeit hat der Gesetzgeber kein Interesse, umso weniger, als er ohnedies erklärt, an der Aufrechterhaltung der regulären Zuständigkeitsordnung nur sehr beschränkt interessiert zu sein. Liegt nun die Aufrechterhaltung jener Zuständigkeit nur im Interesse der Parteien, deren Wille sie geschaffen hat, so ist nicht abzusehen, weshalb die Parteien

nicht die Zuständigkeitsvereinbarung wieder aufheben können, zumal wenn jedem nur erdenklichen öffentlichen Interesse durch die reguläre Kompetenzordnung Rechnung getragen ist. Die Parteien, die diese durch Vereinbarung ausschliesslicher Zuständigkeit ausser Kraft setzen können, die durch eine weitere Vereinbarung die frühere aufheben können, müssen dem durch Vereinbarung zuständig gewordenen Gericht auch seine Zuständigkeit vertragsmässig wieder entziehen können [1]).

Endigungsgrund der Zuständigkeitsvereinbarung und damit der Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtes ist also der auf ihre Aufhebung gerichtete Wille der Parteien.

Ausserhalb und nur ausserhalb des Prozesses kann sich dieser Wille jederzeit betätigen. Hat der Prozess begonnen, so kann er nicht mehr zur Geltung gelangen. Denn die vor dem vereinbarten als dem zuständigen Gericht erhobene, d. h. die dem Beklagten zugestellte Klage, begründet die Rechtshängigkeit, als deren Wirkung ZPO. § 263, Z. 2 bestimmt, dass die Zuständigkeit des Prozessgerichtes durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt werde.

Natürlich bleiben den Parteien die verschiedensten Möglichkeiten, den Rechtsstreit durch Übereinkunft zu beenden und ihn dem Gericht durch einseitige oder vereinbarte Klagerücknahme zu entziehen.

II. Ein weiterer Grund ist das Gegenstandsloswerden der Zuständigkeitsvereinbarung durch Wegfall des vereinbarten Gerichtes [2]) oder des Rechtsverhältnisses, für das sie getroffen wurde. Jener ist möglich durch eine Änderung der Organisationsgesetze für die Gerichtsbehörden, dieser gründet in den materiell rechtlichen Normen.

III. Endigungsgrund der Zuständigkeitsvereinbarung ist nicht die Klagerücknahme. Denn die für ein Rechtsverhältnis getroffene Vereinbarung dient dem Zweck, alle aus ihm entspringenden Klagen der Zuständigkeit eines bestimmten Ge-

[1]) Wach, Hdb I S. 510; Deybeck, a. a. O. S. 92 ff.

[2]) Warneyer, E. 08 Z 396.

richtes während der Dauer ihrer rechtlichen Verfolgungsmöglichkeit zu unterwerfen. Nimmt also der Kläger einseitig die Klage zurück, so ist damit nur gesagt, dass er für dies Mal auf die Rechtsverfolgung verzichte. Das Faktum der Klagerücknahme als solches kann nicht die Aufhebung der Vereinbarung wirken, auch nicht als tatsächliche Unterlage für einen konkludent zu folgernden Aufhebungswillen dienen. Ob ein solcher vorliegt und erklärt werden soll, ist Tatfrage.

Auch eine im Einverständnis des Beklagten erfolgte Klagerücknahme hebt die Zuständigkeitsvereinbarung nicht auf. Es ist gleichfalls Tatfrage, ob bei den Parteien ein solcher Aufhebungswille, der sich natürlich in einem derartigen prozessualen Handeln betätigen kann, vorhanden ist.

Die Zuständigkeitsvereinbarung endet durch vorbehaltlose Einlassung auf die vor einem anderen als dem vereinbarten Gerichte erhobene Klage nach Erledigung des Rechtsstreites durch dieses Gericht; denn das unzuständige Gericht wird hier nach § 39 ZPO. zuständig. Sie endet aber nicht, auch wenn das Gericht zuständig geworden ist, wenn eine einseitige oder im Einverständnis mit dem Beklagten erfolgte Klagerücknahme stattgefunden hat. Es finden dann die oben erörterten Grundsätze Anwendung; denn ohne weiteres kann man aus der Tatsache, dass der Kläger vor einem anderen als dem vereinbarten Gericht klagt und der Beklagte sich vorbehaltlos einlässt, nicht einen die Zuständigkeitsvereinbarung aufhebenden Willen der Parteien folgern, wenn später eine Klagerücknahme erfolgt. Weitere Endigungsgründe der Vereinbarung sind endlich noch der prozessuale Vergleich, der Verzicht, das Anerkenntnis.

Bedingte und befristete vorprozessuale Zuständigkeitsvereinbarungen enden nach den Vorschriften des BGB.

Universal- und Singularsukzession enden die Vereinbarung nur dann, wenn sie als höchst persönliche Rechtsbeziehung von den Parteien gewollt ist[3]).

[3]) § 8 II S. 59.

§ 11.

3. Die prozessuale Behandlung der Zuständigkeitsvereinbarung.

I. Wird auf Grund einer Zuständigkeitsvereinbarung ein sonst sachlich oder örtlich oder sachlich und örtlich unzuständiges Gericht angegangen, so bedarf die behauptete Zuständigkeit der richterlichen Feststellung. Die Offizialprüfung des Gerichtes hat sich darauf zu erstrecken, ob

1. die Zuständigkeitsvereinbarung ein erstinstanzielles Gericht betrifft und
2. hinreichend konkretisiert ist, ob ferner
3. der Streitgegenstand vermögensrechtlicher Natur und
4. keinem ausschliesslichen Gerichtsstand unterstellt ist, d. h. ob er nicht der ausschliesslichen sachlichen Zuständigkeit anderer ordentlicher erstinstanzieller Gerichte angehört, oder der ausschliesslichen örtlichen Zuständigkeit eines anderen Gerichtes unterworfen ist.

Treffen sämtliche vier Voraussetzungen zu, so ist die Vereinbarung statthaft und das angegangene Gericht zuständig; mangelt es an einer von ihnen, so ist dieses unzuständig, ohne gemäss § 39 ZPO. zuständig werden zu können. Der Rechtsstreit ist dann zur Endentscheidung reif und die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen.

Neben der Offizialprüfung durch das Gericht steht das Rügerecht des Beklagten, der durch die Einrede der Unzuständigkeit die Unzulässigkeit der Zuständigkeitsvereinbarung geltend machen kann. Soweit die Unzuständigkeitseinrede also ihren Grund in einem jener vier Punkte hat, gehört die Zuständigkeit zu den absoluten Bedingungen der Sachentscheidung und ihre Geltendmachung durch den Beklagten hat nur die Bedeutung, das Gericht zu einer schon von Amtswegen vorzunehmenden Prüfung anzuregen.

In den folgenden Ausführungen soll statt des Ausdrucks Einrede der Unzuständigkeit immer die Bezeichnung Einrede der Unzulässigkeit der Vereinbarung gebraucht werden.

II. Eine Sonderstellung in der prozessualen Behandlung nimmt der Fall ein, dass die Unzulässigkeit der Vereinbarung und damit die Zuständigkeit des Gerichtes deshalb in Frage steht, weil der Streitgegenstand einem ausschliesslichen Gerichtsstand unterworfen ist.

Für das amtsgerichtliche Verfahren bestimmt der § 504 II ZPO., dass das sachlich unzuständige Gericht den Beklagten auf diesen Mangel hinzuweisen habe; für die örtliche Zuständigkeit fehlt eine solche Bestimmung.

Steht also fest, dass der Streitgegenstand der ausschliesslichen Zuständigkeit der Landgerichte angehört oder einem ausschliesslichen Gerichtsstand unterworfen ist, so muss das Amtsgericht die Klage als unzulässig abweisen, sofern der Beklagte nicht den Verweisungsantrag stellt.

Für das landgerichtliche Verfahren scheidet die Möglichkeit der Klagabweisung wegen ausschliesslicher sachlicher Zuständigkeit anderer ordentlicher erstinstanzieller Gerichte aus; denn nur die Landgerichte besitzen diese. Soweit aber der Zulässigkeit der Vereinbarung die Unterstellung des Streitgegenstandes unter einen ausschliesslichen Gerichtsstand entgegensteht, kann das Landgericht die Klage nur a limine abweisen, nicht aber auf klägerischen Antrag verweisen.

Bei unrichtiger Annahme der landgerichtlichen Zuständigkeit infolge unterbliebener Prüfung der Zulässigkeit der Vereinbarung oder ihrer irrigen Bejahung und unterlassener Einrede der Unlässigkeit der Vereinbarung durch den Beklagten fragt es sich nun, ob dieser in den höheren Instanzen, wo eine Offizialprüfung der Zuständigkeit, hier der Zulässigkeit der Vereinbarung nicht mehr stattfindet, diese Einrede noch nachbringen kann

Sowohl in der Berufungs- wie in der Revisionsinstanz kann diese Einrede nachgebracht werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte in der früheren Instanz die Einrede verschuldeter- oder unverschuldetermassen nicht vorgebracht hat. Dies gilt für die Einrede der Uuzulässigkeit der Vereinbarung, soweit sie deren Voraussetzungen sub 1—3 [1]) und die der Vereinbarung entgegenstehende ausschliessliche sachliche Zuständigkeit der Gerichte betrifft, unbedingt.

Soweit jedoch der Streitgegenstand der ausschliesslichen örtlichen Zuständigkeit eines Gerichtes unterworfen ist, greifen folgende Ausnahmen Platz:

In der Berufungsinstanz kann diese in der vierten Voraussetzung der Vereinbarung gründende Unzulässigkeitseinrede nur dann nachgebracht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, ohne ihr Verschulden ausserstande gewesen zu sein, die Einrede in der ersten Instanz vorzubringen. Ausserdem muss der Streitgegenstand vermögensrechtlicher Natur sein und der Beklagte in erster Instanz mündlich zur Hauptsache verhandelt haben.

Dagegen ist die schon in der Berufungsinstanz nur bedingt zulässige Nachbringung dieser Einrede in der Revisionsinstanz schlechthin ausgeschlossen [2]).

III. Hat das Gericht die Zulässigkeit der Vereinbarung festgestellt, so besteht jedenfalls die Möglichkeit, dass es durch vorbehaltlosen Eintritt des Beklagten in die meritorische Verhandlung zuständig werden kann, sofern es durch die Vereinbarung nicht schon zuständig ist. Die vor dieser Feststellung absolute Bedingung der Sachentscheidung: die Zuständigkeit, erhält nach dieser Feststellung einen dispositiv normierten Charakter. An die Prüfung der absolut zu berücksichtigenden Prämissen seiner möglichen Zuständigkeit schliesst sich jetzt für das Gericht die Prüfung seiner wirklichen Zu-

[1]) Vgl. oben S. 71.

[2]) ZPO. §§ 528 I 2, 549 II. 566.

ständigkeit an. Diese Prüfung trägt einen hypothetischen Charakter: Ergeben die zu erweisenden oder unbestritten bleibenden klägerischen Behauptungen in ihrer rechtlichen Schlüssigkeit die Zuständigkeitsvereinbarung, wird der Beklagte vorbehaltlos zur Hauptsache verhandeln, so ist das Gericht zuständig.

In der mündlichen Verhandlung kann nun der Beklagte die klägerische Behauptung der Zuständigkeitsvereinbarung in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung bestreiten oder sie zugeben oder sie unbestritten lassen.

Im Streitfall hat der Kläger den Abschluss der Zuständigkeitsvereinbarung, der Beklagte seine Einwendungen nach den sich für die Verteilung der Beweislast ergebenden Grundsätzen des Beweisrechtes zu beweisen, wobei Eideszuschiebung und richterlicher Eid durchaus zulässige Beweismittel sind [3]).

Die klägerische Beweispflicht entfällt infolge der Säumnis des Beklagten. Denn in diesem Fall ist das gesamte tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzusehen. Hierher gehören auch die Behauptungen des Klägers, die die Zuständigkeit begründenden Umstände — den Abschluss der Zuständigkeitsvereinbarung — umfassen. Da gemäss dem Antrag des Klägers zu erkennen ist, soweit dieser durch sein Vorbringen gerechtfertigt wird, hat das Gericht hinsichtlich der Zuständigkeit nur zu prüfen, ob das gesamte klägerische Vorbringen in seiner rechtlichen Schlüssigkeit die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes kraft der Vereinbarung ergibt. Alsdann ist das Sachurteil gemäss § 331 II ZPO. zu erlassen.

Bei Säumnis des Klägers tritt das Gericht überhaupt nicht in eine Prüfung der von ihm etwa in einem vorbereitenden Schriftsatz behaupteten Tatsachen, also auch nicht in die Prüfung des rechtlichen Bestandes einer behaupteten Zuständigkeitsvereinbarung ein. Stellt der Beklagte den Antrag,

[3]) OLG. Bd. 19, S. 24; Bd. 99, S. 97.

die Klage durch Prozessurteil wegen Unzuständigkeit des Gerichtes abzuweisen, so ist diesem Antrag ohne weiteres stattzugeben. Beantragt er ein abweisendes Sachurteil, so wird hierdurch das Gericht in jedem Fall gemäss § 39 ZPO. zuständig [4]).

Dasselbe gilt von den der Säumnis gleichgestellten Fällen des § 333 ZPO.

Der Fall des § 335 Abs. I Z. 1 ZPO. kann für die Zuständigkeitsvereinbarung nur dann praktisch werden wenn es sich um ihre Zulässigkeit handelt.

IV. Der Streit um die Zuständigkeit kraft Zuständigkeitsvereinbarung wird — wie der Streit über prozesshindernde Einreden überhaupt — sofern der Beklagte die Einlassung zur Hauptsache weigert, in abgesonderter Verhandlung geführt, die das Gericht von Amtswegen oder auf Antrag anordnen kann. Seine Erledigung findet der Streit durch ein obligatorisches, hinsichtlich der Rechtsmittel als Endurteil anzusehendes Zwischenurteil [5]).

II. Der Tatbestand des § 39 ZPO.

§ 12.

Einleitende Bemerkungen über Gebrauch und Präklusion der Unzuständigkeitseinrede.

I. Ehe der Rechtsgrund der aus § 39 ZPO. folgenden Zuständigkeitswirkung des näheren zu erörtern ist, ist einleitend kurz auf den Gebrauch und die Präklusion der Einrede der Unzuständigkeit einzugehen wegen des innigen Zusammenhanges dieser Vorschrift mit der in § 39 ZPO. enthaltenen Zuständigkeitsnorm.

[4]) § 14 I, S. 89.
[5]) ZPO. §§ 275, 504 III.

Die Einrede der Unzuständigkeit gehört zu den nur dem Beklagten zustehenden Rechtsbehelfen, die, als in Voraussetzungen der Sachentscheidung gründend, ihn berechtigen, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern und auf gesonderte Verhandlung über die Berechtigung des Rechtsbehelfes anzutragen [1]). Das Gesetz nennt die Voraussetzungen der Sachentscheidung prozesshindernde Einreden und bestimmt in der Form des Imperativs, dass mehrere prozesshindernde Einreden gleichzeitig und vor Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache geltend zu machen sind. Es verlangt also von dem Beklagten, dass er seine Rechtsbehelfe konzentriere und rechtzeitig geltend mache, um ihm die Möglichkeit einer Prozessverschleppung zu nehmen.

Die Unterscheidung des Gesetzes zwischen absoluten und relativen prozesshindernden Einreden erledigt sich für die Einrede der Unzuständigkeit dahin, dass sie in allen prorogierbaren Fällen eine relative, eine „verzichtbare“ ist [2]).

Der Verstoss gegen die in ZPO. § 274 I. enthaltene Vorschrift präkludiert den Beklagten mit seinem Rechtsbehelf [3]). Sie wird durchaus zutreffend von Wach eine präkludierende Eventualmaxime genannt [4]).

Es erübrigt sich in diesen einleitenden Bemerkungen auf die Ansicht einzugehen, die Präklusion beziehe sich nicht auf den Rechtsbehelf als solchen, sondern auf das aus ihm folgenden Einlassungs-Verweigerungsrecht des Beklagten. Die heute allgemein verlassene Ansicht findet keinen Grund im Gesetz. Sie vereitelt völlig den Zweck der Vorschrift des § 274 I ZPO., und es ist auch ganz unerfindlich, was ein Beklagter mit einem Rechtsbehelf anfangen soll, dessen prozessuale Folgewirkung für ihn nicht mehr eintreten kann. Logischer

[1]) Anders ZPO. § 504 III.
[2]) ZPO. § 40 II. Vgl. auch § 18 II S. 110 f.
[3]) Vgl. die allg. Präklusionsmaxime des § 230 ZPO.
[4]) Gruchot, Bd. 24 S. 727.

ist es jedenfalls, anzunehmen, das Gesetz schliesse den Rechtsbehelf und damit seine Folgewirkung aus, als anzunehmen, es schliesse zwar die Folgewirkung aus, aber lasse dem Beklagten einen unverwendbaren Rechtsbehelf zurück. Allgemeine[5]) und dem Gesetz entsprechende Ansicht ist die, dass der Beklagte mit dem Rechtsbehelf präkludiert werde.

II. Wendet man diese Rechtssätze auf die Einrede der Unzuständigkeit an, so ergibt sich:

1. der Beklagte ist mit der Einrede der Unzuständigkeit präkludiert, wenn er sie nicht gleichzeitig mit anderen prozesshindernden Einreden vorgebracht hat[6]);
2. er ist ferner präkludiert, wenn er zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. Im Falle 1 besteht für den Beklagten, sofern er noch nicht zur Hauptsache verhandelt hat, die mittelbar aus § 274 III zu folgernde Restitutionsmöglichkeit.

Betrachtet man den Präklusionstatbestand zu 2, so findet man einen Beklagten, der mündlich zur Hauptsache verhandelt hat, ohne die Einrede der Unzuständigkeit geltend gemacht zu haben. Ein Vergleich mit dem Tatbestande des § 39 Halbsatz 2 ergibt die Identität beider, und es entsteht die Frage nach dem Zusammenhang der Zuständigkeitsnorm des § 39 ZPO. mit der präkludierenden Eventualmaxime des § 274 I ZPO.

III. Der Absatz III leg. cit. bestimmt zur Vermeidung sich etwa aus der Präklusion ergebender Härten, dass eine

---

[5]) Vgl. z. B. Fitting, Archiv Bd. 63 S. 238 ff.; ZZP. Bd. 1, S. 51 ff., 525 ff., 499 ff., Bd. 2, S. 298, Bd. 7 S. 448; Wach, Hdb. I S. 508; Deybeck, a. a. O. S. 127 ff. A. A. ZZB. Bd. II S. 176, Bd. 3 S. 210 ff., Bd. 3 S. 59 ff, Bd. 5, S. 48 ff.

[6]) Die erwähnte unrichtige Ansicht kann dies natürlich nicht annehmen, sondern lässt nur die Einlassungsverweigerungsbefugnis präkludiert sein.

Restitution des Rechtsbehelfes möglich sei, wenn der Beklagte glaubhaft mache, dass er schuldlos ausserstande gewesen sei, sich des Rechtsbehelfes vor Verhandlung zur Hauptsache zu bedienen [7]).

Da nun aber der § 39 ZPO. an den in ihm enthaltenen Tatbestand eine Zuständigkeitswirkung anknüpft, der § 274 III ZPO. bei gleichem Tatbestande dagegen dem schuldlos ausgeschlossenen Beklagten die Restitution der Unzuständigkeitseinrede gewährt, so ist zunächst das Verhältnis beider Gesetzesstellen dahin zu skizzieren, dass Gebrauch und Präklusion der Unzuständigkeitseinrede allein ihre Regelung im § 274 ZPO. erfahren, dass § 39 ZPO. weder eine lex specialis für die Verwirkung der Unzuständigkeitseinrede, noch ein die Vorschrift des § 274 ZPO. ergänzender, die präkludierte Unzuständigkeit zur Zuständigkeit steigernder Rechtssatz sei.

Zwischen beiden Vorschriften besteht in diesem Sinne überhaupt kein materielles Korrelationsverhältnis [8]). Beide haben gleiche Tatbestände, an die der eine Rechtssatz eine ipso iure eintretende, der andere eine antragsmässig auszulösende Rechtswirkung anknüpft, Zuständigkeit des Gerichtes einerseits, Restitution der Unzuständigkeitseinrede andererseits, bei dem bezw. durch das Gericht, bei dem der in beiden Rechtssätzen identische Tatbestand vorliegt. Der Zusammenhang zwischen beiden Vorschriften ist ein äusserlicher, auf die Prozessentwicklung sich beziehender.

In ihren Rechtswirkungen einander ausschliessend, ist die Präponderanz der einen oder der anderen Vorschrift darzutun. Darauf ist aber erst später zurückzukommen [9]).

---

[7]) Über die Möglichkeit, die Unzuständigkeitseinrede bei schuldloser Säumnis des Beklagten nachzuholen, vgl. § 12 II, S. 77.

[8]) A. A. Fitting, Archiv Bd. 63, S. 227. Vgl. auch Bülow, Archiv Bd. 62, S. 42, besonders n. 39 u. Fitting; ZZP. Bd. 6, S. 293 ff.

[9]) Vgl. § 13 II, S. 82 ff., besonders S. 85.

§ 13.

I. Das Prinzip des § 39 ZPO.

I. Der § 38 stellt das Prinzip auf: der übereinstimmende Parteiwille ist Zuständigkeitsgrund für ein unzuständiges Gericht.

Im Anschluss an dieses Prinzip bestimmt § 39 ZPO.: Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, mündlich zur Hauptsache verhandelt hat.

Prima facie scheint also auch der § 39 ZPO. von dem Vereinbarungsprinzip beherrscht zu sein Dies ist indes nicht der Fall [1]).

Zunächst fragt man sich, weshalb denn das Gesetz, das im § 38 ZPO. alle Fälle der Vereinbarung, auch die stillschweigende, regelt, im § 39 ZPO. einen besonderen Fall der stillschweigenden Vereinbarung kasuistisch hervorhebe; denn dieser wird doch schon von der Vorschrift des § 38 ZPO. mitumfasst [2]). In der Tat äussern die Motive in § 39 werde ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung geregelt und aus dem in ihm statuierten Tatbestand sei konkludent eine Vereinbarung zu folgern [3]).

Dies ist der Standpunkt der Gesetzesredaktoren und der damals allgemein herrschenden Ansicht. Die Motive und die ihnen folgende ältere Vereinbarungstheorie verkennen jedoch die Ausdrucksform der Vorschrift des § 39 ZPO. und infolgedessen auch das ihm zu Grunde liegende Prinzip vollständig [4]). Ihre Bemerkung hätte nur dann einen Sinn, wenn man in den Fakta der Klageerhebung und in der Unterlassung der

---

[1]) Stein, sub I zu § 39.

[2]) Vgl. § 7 III, S. 56 ff.

[3]) Hahn, Ges. Mat. S. 162: „In § 39 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben".

[4]) v. Amsberg, Archiv Bd. 65 S. 58 ff., insbes. S. 76 ff. u 92 ff.

Unzuständigkeitseinrede durch den Beklagten auf Vereinbarung gerichtete Willenserklärungen sehen könnte. Es ist richtig, dass diese Fakta von einem derartigen Vereinbarungswillen der Parteien getragen sein können. Es ist aber unrichtig, ohne weiteres in dem Verhältnis dieser beiden Fakta zu einander ein dem Verhältnis zwischen Offerte und Annahme der Zuständigkeitsvereinbarung gleichendes Korrelationsverhältnis zu sehen[5]). Haben die Parteien aber ein solches Korrelationsverhältnis gewollt, so kann es zu einer Zuständigkeitsbegründung nach § 39 ZPO. gar nicht kommen, sondern es liegt in diesem Fall die gewöhnliche im Prozess erfolgte Vereinbarung[6]) nach § 38 ZPO. vor. Aber auch wenn eine solche Vereinbarung vorliegt, kann das Gericht einen Mangel des Vereinbarungswillens nicht mehr berücksichtigen: denn das Gesetz erklärt diesen Tatbestand, gleichgültig ob von den Parteien als Ausfluss eines Vereinbarungswillens gewollt oder nicht, zum Zuständigkeit begründenden Tatbestand.

Die Rechtsfolge statuiert das Gesetz in der Form einer Fiktion, indem es befiehlt, den Tatbestand mündlichen Verhandelns des Beklagten zur Hauptsache ohne Rüge der Unzuständigkeit der stillschweigenden Vereinbarung gleichzusetzen. Damit hat das Gesetz die Vereinbarungstheorie abgelehnt. Fiktionen sind nur möglich für solche Verhältnisse, die in der Realität der Dinge nicht vorhanden sind. Fingiert also das Gesetz im vorliegenden Falle eine Vereinbarung, so sagt es damit, dass nichts darauf ankomme, ob sie auch in Wirklichkeit vorliege, oder doch mindestens, dass auf ihr Vorliegen nichts

[5]) v. Amsberg, Archiv Bd. 65 S. 79, ZZP. Bd. 5 S. 463.

[6]) Vgl. § 7 II S. 54 f. Dagegen vgl. die Ausführungen von Franke in ZZP. Bd. 5, S. 463 ff., der die Parteiakte in ein solches Korrelationsverhältnis stellt und behauptet, § 39 enthalte keine Fiktion, sondern nur die Feststellung einer Wirklichkeit (S. 469) und S. 471: „Der Tatbestand des § 39 . . . ist ni hts mehr und nichts weniger als eine durch Parteihandlungen des begonnenen Rechtsstreites zustandekommende stillschweigende Vereinbarung des § 38 ZPO." Dagegen vgl. Fitting, ZZP. Bd. 6, S. 281 ff.

ankomme. Mit andern Worten, es ignoriert jeden Vereinbarungswillen der Parteien und lässt nur die im § 39 ZPO. aufgezählten Fakta in ihrem zeitlichen Zusammentreffen die Zuständigkeit begründen. Damit erklärt es auch jede im Irrtum über die Zuständigkeit erfolgte Streiteinlassung für irrelevant und schliesst die Nachholung der Unzuständigkeitseinrede durch den mit ihr schuldlos präkludierten Beklagten gemäss § 274 III aus.

Mit dieser Argumentation ist aber das echte Vereinbarungsprinzip als leitender Gesichtspunkt im § 39 ZPO. gefallen.

Die fingierte Vereinbarung [7]) kann natürlich nicht der leitende Gesichtspunkt sein, unter dem § 39 zu betrachten ist. Denn es hiesse das, ein Nichts zum Prinzip erheben [8]). Weshalb bediente sich aber das Gesetz der Fiktion der Vereinbarung, um an den Tatbestand des § 39 ZPO. die Zuständigkeitswirkung anzuknüpfen [9])?

Die Fiktion ist eine Form der Analogie. Sie soll die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen Tatbestand ermöglichen, der möglicherweise gerade das Gegenteil des Tatbestandes ist, für den der Rechtssatz aufgestellt worden ist. Die Zuständigkeitswirkung der Vereinbarung wird also vermittels der fiktiven Vereinbarung auf den Tatbestand des § 39 übertragen, der nicht Vereinbarung ist. Der neue Kompetenzgrund wird an den bestehenden, die Vereinbarung, angelehnt, zum Zeichen, dass er dessen Voraussetzungen, Beschränkungen und Rechtsfolgen teile [10]). Nur insofern bildet das Vereinbarungsprinzip für den § 39 ZPO. allerdings den Obersatz. Es ist dagegen nicht angängig, aus der Anwendung eines äusserlichen die

[7]) Das Adjektivum stillschweigend ist irreführend und durch die Fiktion überflüssig. So auch Bülow, Archiv Bd. 62 S. 46 n. 44.

[8]) A. A. Picot, a. a. O. S. 55 n. 5 und die dort zitierten Autoren.

[9]) v. Amsberg, Archiv Bd. 65 S. 79, 94; Just, Archiv Bd. 68, S. 273.

[10]) Wach, Hdb. I S. 506: „Die Fiktion ermöglicht eine bequeme Redigierung des Gesetzes."

Redigierung des Gesetzes vereinfachenden Mittels ein Konstruktionsprinzip herzuleiten [11]) [12]).

II. Von der Theorie ist des weiteren die Ansicht aufgestellt worden, das den § 39 ZPO. beherrschende Prinzip sei das Präklusionsprinzip, die Zuständigkeitswirkung gemäss § 39 ZPO. sei Folgewirkung der präkludierten Unzuständigkeitseinrede des Beklagten [13]).

---

[11]) Vgl. die a. A. von Picot S. 65: „Konstruktionen sind Sache der Wissenschaft, nicht des Gesetzgebers. Dieser ist nicht imstande zu sagen, wie er einen Rechtssatz konstruiert wissen will". Vgl. auch die Zitate von Wach, bei Picot a. a. O. S. 55 ff. und die n. 3 zitierte Äusserung der Motive.

[12]) Unrichtig ist die Bemerkung von Stein sub 1, Abs. II zu § 39, § 39 enthalte keine Fiktion, die Annahme eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Tatumstandes, sondern nur die unwiderlegbare Vermutung einer Gestaltung der Dinge, die vorliegen kann, also einen zweiten Fall der Vereinbarung. Demgegenüber ist zu bemerken, dass § 39 den Tatumstand der Äusserung des Vereinbarungswillens anzunehmen heisst, und dass in den Fällen, wo ein wirklicher Vereinbarungswille in dem Akt der Klagerhebung und dem Tatbestand des § 39 zum Ausdruck gelangt, eine prozessuale Zuständigkeitsvereinbarung vorliegt, § 39 ZPO. also gar nicht zur Anwendung gelangen kann. Im übrigen wird auf die Ausführungen des § 7 III, S. 56, § 13 I, S. 79 verwiesen. Werden nun alle Fälle, in denen die unwiderlegbare Vermutung der Wirklichkeit, d. h. hier einem Vereinbarungswillen der Parteien entspricht, durch § 38 ZPO. gedeckt, so bleiben für § 39 nur die dieser Wirklichkeit nicht entsprechenden Fälle übrig. Dann wirkt aber die unwiderlegbare Vermutung des § 39 nicht nur als Fiktion, sondern sie ist Fiktion.

[13]) Die Hauptvertreter dieser Theorie, in den Konsequenzen allerdings voneinander abweichend, sind Bülow, Archiv Bd. 62 S. 1 ff., besonders S. 41 ff. Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Wach, Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes, Leipziger Dekanatsprogramm 1879; derselbe, Prinzip . . . Archiv Bd. 62 S. 333 ff. Von Wach und Bülow wurde die Theorie fast gleichzeitig aufgestellt; von Wach später in seinem Hdb. aufgegeben, vgl. das. S. 499 ff. Vgl. auch Wach, Gruchot, Bd. 24 S. 703 ff. Ferner Fitting, Zur Lehre vom vereinbarten Gerichtsstande im Archiv Bd. 63, S. 322 ff. und derselbe in ZZP. Bd. 6, S. 253 ff. Über das Prinzip des vereinbarten Gerichtsstandes.

Diese Theorie legt also das Hauptgewicht auf die Passivität des Beklagten gegenüber einem unzuständigen Gericht und ignoriert gänzlich das positive Moment der Streiteinlassung. Lehnt man das Vereinbarungsprinzip für die Auffassung des § 39 ab, so scheint angesichts seines Tatbestandes nur noch das Präklusionsprinzip als massgebend für seine Auffassung übrig zu bleiben. Allein es scheint nur so; denn die genauere Betrachtung des die Zuständigkeit begründenden Tatbestandes in § 39 und des in § 274 I ZPO. ausgesprochenen Prinzips der Präklusion für die Rechtsbehelfe des Beklagten in spezieller Anwendung auf die Unzuständigkeitseinrede ergibt zunächst unwiderleglich, dass im § 39 ZPO. nur ein spezieller Anwendungsfall jenes Prinzipes zum Zuständigkeit begründenden Tatbestand erhoben ist.

Der § 39 bestimmt: Das Gericht wird zuständig, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, der § 274: die Unzuständigkeitseinrede wird präkludiert, wenn der Beklagte, ohne die Einrede der Unzuständigkeit geltend zu machen, mündlich zur Hauptsache verhandelt hat.

Soweit sind beide Tatbestände identisch bei Verschiedenheit ihrer Rechtsfolgen [14]).

Indes § 274 ZPO. bestimmt weiter: die Unzuständigkeitseinrede wird auch präkludiert, wenn sie der Beklagte nicht gleichzeitig mit anderen prozesshindernden Einreden vorbringt.

Die Zuständigkeitsnorm des § 39 ZPO. umfasst also nur einen bestimmten Präklusionstatbestand, nicht jeden nach § 274 ZPO. möglichen. Nur dann wird das Gericht zuständig, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, mündlich zur Hauptsache verhandelt hat.

Aus dieser Gegenüberstellung der einschlägigen Gesetzstellen ergibt sich zunächst, dass jene Präklusionstheorie den

[14]) Vgl. § 12 II, S. 77.

singulären Anwendungsfall des Prinzipes mit diesem selbst indentifiziert, und ferner, dass sie sich durch die Identität des Zuständigkeit begründenden Tatbestandes in § 39 ZPO. und des Präklusionstatbestandes in § 274 zu der weiteren Behauptung verleiten lässt, jeder durch das Präklusionsprinzip in § 274 ZPO. statuierte Präklusionstatbestand falle unter die Zuständigkeitsnorm des § 39 ZPO. Seine Zuständigkeitswirkung sei, wie sich aus der Sanktionierung (!) des Präklusionsprinzipes in § 39 ZPO. ergebe, nur Folge des Nichtgebrauchs der Unzuständigkeitseinrede des Beklagten. Mit anderen Worten, die Passivität des Beklagten sei wie für die Präklusion so auch für die Zuständigkeitswirkung gemäss § 39 ZPO. das entscheidende Moment. „Das vom Kläger angegangene Gericht erhält, wenn es nicht schon von Rechtswegen, ipso iure kompetent ist, durch die Unterlassung des Widerspruches die ihm bis dahin fehlende Kompetenz. Wir haben auch hier wieder eine jener nun schon so oft unter der Fiktionshülle vorgefundenen Rechtsgestaltungen vor uns, ein unter der Verkleidung eines fingierten Konsenses verstecktes Abwehrungsrecht, dessen Nichtgebrauch die gleiche Rechtswirkung hervorbringt wie die Einwilligung“ [15]).

Der innere Grund, der zur Aufstellung dieser unrichtigen Theorie geführt hat, ist die Verkennung der Stellung der §§ 39 und 274 ZPO. zueinander.

Jene Theorie [16]) interpretierte den § 39 aus dem § 274 ZPO. „Denn nach der Aufnahme des § 274 in das Gesetzbuch war dieser als der speziellere und mehr bestimmende, auch der gewichtigere und eigentlich grundlegende, der § 39

---

[15]) Bülow, Archiv Bd. 62 S. 42 f. Wach, ebenda S. 373 und seine gegenteilige Ansicht im Hdb. I S. 501 n. 29, S. 504 sub b, S. 505 n. 39. Ferner Petersen ZZP. Bd. 3 S. 245 ff., Deybeck a. a. O. S. 139 ff.

[16]) Abgesehen von Bülow, Archiv Bd. 62, S. 42 n. 38, 39. Dazu Petersen ZZP. Bd. 3 S. 245 ff., Fitting, Archiv Bd. 63 S. 226 ff. und ZZP. Bd. 6 S. 293 ff., von Amsberg, Archiv Bd. 65 S. 92 ff.

nur der ergänzende Paragraph. Von dem § 274 musste also die Auslegung ausgehen“ [17]).

Man behauptete, der § 39 ZPO. enthalte nur eine durch § 274 ZPO. gebotene Schlussfolgerung [18]), lege also den Schwerpunkt für die Auslegung der Zuständigkeitsnorm nicht in diese selbst, sondern in die Präklusionsvorschrift des § 274 ZPO.

Grundlegend für das Verständnis des § 39 ZPO. ist der Satz, dass die Zuständigkeitsnorm nur in § 39 ZPO., die Präklusionsnorm nur in § 274 ZPO. enthalten ist [19]), dass beide Normen nicht miteinander korrespondieren. Gegenüber der Zuständigkeitsregel des § 39 ZPO. ist es selbstverständlich, dass die Präklusion der Unzuständigkeit an den Beginn der meritorischen Verhandlung geknüpft wird und an keinen späteren Zeitpunkt; denn nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten gibt es keine Unzuständigkeit mehr. Daraus ergibt sich des weiteren, dass die Nachbringung der Unzuständigkeitseinrede nach § 274 III ZPO. nicht mehr möglich ist; denn die Zuständigkeitseinrede wird gemäss der primären Vorschrift des § 39 ZPO. absolut verwirkt, weil der Eintritt der Zuständigkeit unbedingt ist im Gegensatz zu dem resolutiv bedingten Eintritt der Präklusion [20]).

Die Präklusionstheorie hätte gar nicht aufgestellt werden können, wenn man das positive Moment mündlichen Verhandelns des Beklagten zur Hauptsache richtig erkannt hätte. Auf seine entscheidende Bedeutung hat denn auch Fitting hingewiesen [21]). Aber in einer irrigen Vorstellung des Verhältnisses von § 39 zu 274 ZPO. befangen, hat man immer nur die Präklusionsnorm und die aus ihrer Akzeptierung in § 39 ZPO. sich ergebenden Konsequenzen erörtert, ohne zu

[17]) Fitting ZZP. Bd. 6, S. 296.

[18]) Vgl. zu diesem Punkte die Literaturnachweise bei Wach, Hdb. I, S. 501 n. 29.

[19]) Deybeck, a. a. O. S. 138. Wach, Hdb. I S. 505 n. 42.

[20]) Fitting, ZZP. Bd. 6, S. 294 ff.

[21]) Fitting, ebenda S. 294.

erkennen, dass das mündliche Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache in § 39 ZPO. eine andere, wichtigere Bedeutung hat als in § 274 ZPO. Man ist auch sonderbarerweise nicht stutzig geworden durch die Erklärung eines der Gesetzesredaktoren, „dass man sich der Rückwirkung nicht bewusst geworden sei, welche der § 274 auf den § 39 ausüben musste“ [22]).

Gerade diese Erklärung hätte doch darauf hinweisen müssen, dass man nicht das Prinzip als solches, sondern nur einen singulären Anwendungsfall als Zuständigkeit begründenden Tatbestand im § 39 ZPO. verwenden wollte, zumal wenn kurz vorher gesagt wird: „Die ZPO. konnte sich inbetreff der Rüge der Unzuständigkeit mit der negativen Wirkung der Präklusion nicht begnügen. Sie verknüpfte daher mit dem Tatbestand, mit welchem der § 274 die Präklusion verband, eine positive Wirkung, dass in den prorogierbaren Fällen prorogatio fori, und damit Zuständigkeit des an sich unzuständigen Richters eintritt“ [23]).

Die Präklusionstheorie konnte nur dadurch an Boden gewinnen, dass man behauptete, aus der Fiktion folge, dass auf den Willen der Parteien für die Begründung der Zuständigkeit nichts ankomme, also komme für diese nur ein non nolle, ein Verschweigen der Unzuständigkeitseinrede durch den Beklagten, dessen non nolle allein äusserlich hervortrete und von praktischer Bedeutung sei, in Betracht [24]). Mit einer allerdings unrichtigen Begründung, weil es sonst an einem der Vereinbarung konkludenten Tatbestande fehlen würde, verlangt Amsberg [25]) allerdings mündliche Verhandlung des

---

[22]) von Amsberg, Archiv Bd. 65 S. 94.

[23]) Derselbe, ebenda S. 93.

[24]) Vgl. bes. die Argumente von Fitting ZZP. Bd. 6, S. 291 ff. Bülow, Archiv Bd. 62, S. 41 ff. und 54. „Kein velle und kein consentire, nur ein non nolle, non dissentire ist erforderlich.“ (S. 55). Wach, Archiv Bd. 62 S. 382 ff.

[25]) v. Amsberg, Archiv Bd. 65, S. 95 ff., Fitting, ZZP. Bd. 6 S. 295.

Beklagten zur Hauptsache; dies aber habe, so bemerkt Fitting, lediglich darin seinen Grund, dass jener von dem unhaltbaren Vereinbarungsprinzipe ausgehe.

Die Unrichtigkeit dieser Argumentationen liegt auf der Hand. Die Fiktion ignoriert allerdings den Vereinbarungswillen der Parteien; auf dessen Konkludenz bezüglich der Vereinbarung kommt nichts an. Aber wie kann man denn auf Grund der Fiktion das in § 39 ZPO. erforderte facere des Beklagten ignorieren? Den Willen, von dem jenes facere getragen wird, zu berücksichtigen, verbietet die Fiktion, aber gerade deshalb hat jenes facere eine erhöhte Bedeutung.

Im § 39 ZPO. ist das Moment mündlichen Verhandelns Bedingung für den Eintritt der Zuständigkeit und gleichzeitig der Zeitpunkt, mit dem sie eintritt. Im § 274 ZPO. dagegen ist der Eintritt des Beklagten in die Sachverhandlung lediglich der Zeitpunkt, in dem an die Passivität des Beklagten der Rechtsverlust der Einrede geknüpft wird.

Aus dieser ganz verschiedenen Wertung der einzelnen Tatbestandsmomente in beiden Rechtssätzen ergibt sich aber, dass das Präklusionsprinzip nicht in § 39 ZPO. akzeptiert sein kann, dass die Passivität des Beklagten in § 39 ZPO. nicht das entscheidende Moment ist, wie es die Präklusionstheorie behauptet und, da sie vom § 274 ZPO. ausgeht, behaupten muss. Die in der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache hervortretende Aktivität des Beklagten begründet die Zuständigkeit und „§ 274 stellt lediglich die Harmonie mit § 39 durch den Satz her, dass die Einrede der Unzuständigkeit ihren notwendigen Platz vor der Einlassung hat; denn nach der Einlassung gibt es keine Unzuständigkeit mehr“ [26]).

Das Gesetz hat das Präklusionsprinzip nicht in der Zuständigkeitsnorm des § 39 ZPO. sanktioniert, sondern nur einen Präklusionstatbestand verwendet. Dies ist die einzige Konzession, die man der Präklusionstheorie machen kann und machen muss.

[26]) Wach, Hdb. I S. 506 n. 42.

Als beherrschendes Prinzip des § 39 ZPO. muss die Präklusionstheorie entfallen, denn sie indentifiziert einen Anwendungsfall des Prinzipes mit diesem selbst. Sie ignoriert ferner das positive Moment im § 39 ZPO. mit der irrigen Begründung, weil auf den Willen der Parteien — des Beklagten — nichts ankomme, komme es auch auf sein Tun nicht an. Das Hauptgewicht liege in der Passivität des Beklagten. Sie geht ferner von einer anderen, unrichtigen, Vorstellung des Verhältnisses der Präklusionsnorm zur Zuständigkeitsnorm aus und verkennt die verschiedene Wertung, die das Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache in beiden Vorschriften erfährt. Sie entspricht endlich nicht den Intentionen des Gesetzes, worauf später einzugehen ist[27]).

III. Nach Ablehnung der beiden über das dem § 39 ZPO. zugrunde liegende Prinzip vertretenen und möglichen Theorien erscheint die Frage gerechtfertigt, ob sich überhaupt aus dem zitierten Gesetz ein Prinzip ableiten lässt. Diese Frage ist nach meinem Erachten zu verneinen. Der Zuständigkeit begründende Tatbestand ist unkonstruierbar. Die beiden prozessualen Rechtshandlungen der Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede und der Eintritt in die meritorische Verhandlung durch den Beklagten, begründen aus noch darzulegenden prozessualen Zweckmässigkeitsgründen die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes wie die zivilistische der Wohnsitzbegründung.

Die Zuständigkeitswirkung des § 39 ZPO. ist reine Tatsachenwirkung.

§ 14.

2. Interpretation des § 39 ZPO.

Das Gesetz überträgt vermittels einer Fiktion die Zuständigkeitswirkung des § 39 ZPO. auf den Tatbestand vorbehaltlosen Verhandelns des Beklagten zur Hauptsache.

[27]) § 14 S. 88 ff.

Dieser Tatbestand ist nun des nähern zu interpretieren; die Interpretation soll gleichzeitig dazu dienen, das Präklusionsprinzip, dessen allgemeine Widerlegung schon im vorhergehenden Paragraphen versucht worden ist, noch in seinen Konsequenzen als mit dem Gesetz im Widerspruch stehend zu erweisen.

I. Das positive Tatbestandsmoment, die Streiteinlassung des Beklagten kann hier übergangen werden. Es soll nur festgestellt werden, dass das Gesetz, wenn es mündliches Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache verlangt, nicht etwa kontradiktorisches Verhandeln zur Bedingung der Zuständigkeitswirkung macht. Demgemäss kann es zu einer die Zuständigkeit des Gerichtes begründenden vorbehaltlosen mündlichen Verhandlung des Beklagten auch bei Säumnis oder dem ihr im § 333 ZPO. gleichgestellten Verhalten des Klägers kommen. Der Antrag des Beklagten, durch Versäumnisurteil den Kläger mit der Klage abzuweisen, ist inhaltlich eine Erwiderung auf die in der Klagschrift behaupteten, den Klagantrag des Klägers rechtfertigenden Tatsachen. Eine sachliche Erwiderung auf eine sachliche Behauptung ist Verhandeln zur Hauptsache[1]).

Also begründet der Antrag des Beklagten auf Erlass des Versäumnisurteils die Zuständigkeit des Gerichts gemäss § 39 ZPO.

II. Die Anhänger der Präklusionstheorie mussten als konsequente Verfechter ihrer Ansicht zu einer erweiternden Auslegung des § 39 ZPO. kommen. „Weil im Tatbestande des § 39 die Präklusion der Einrede das Wesentliche ist, so muss dieses negative Moment genügen zur Kompetenzbegründung“[2]). Weil sie in der Passivität des Beklagten, in der Sanktionierung des Präklusionsprinzipes als Zuständigkeitsgrund das entscheidende Moment des § 39 ZPO. sahen,

[1]) RG. Bd. 10 S. 392, Bd. 31 S. 423.

[2]) Bolgiano, Grünhuts Zeitschr. Bd. 12 S. 596 n. 1.

mussten sie die Zuständigkeitswirkung auch auf jeden anderen Präklusionstatbestand ausdehnen, gleichgültig, ob ihn der § 39 ZPO. expressis verbis enthielt oder nicht, also

1. auf den Tatbestand nicht gleichzeitigen Vorbringens der Unzuständigkeitseinrede mit anderen prozesshindernden Einreden und
2. auf den Fall der Säumnis des Beklagten und den ihr im § 333 ZPO. gleichgestellten Fall.

ad 1. Bei dieser Erstreckung handelt es sich lediglich um die irrige Ansicht, im § 39 sei das Präklusionsprinzip und nicht nur ein Präklusionstatbestand zur Zuständigkeitsbegründung verwendet.

Die analoge Erstreckung der Zuständigkeitswirkung ist auf Grund der Erörterungen im vorhergehenden Paragraphen abzuweisen.

ad 2. Damit die Säumnis des Beklagten die Zuständigkeit eines Gerichtes nach § 39 ZPO. begründe, muss in der Säumnis, und dies erfordert auch die Präklusionstheorie, ein dem § 39 entsprechender Präklusionstatbestand gegeben sein.

Der Tatbestand des § 274 nennt als Präklusionsmoment den Eintritt des Beklagten in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache; eine kongruente Bestimmung trifft der § 39 ZPO.

Das Präklusionsmoment des § 39 ZPO. ist dagegen der Schluss der mündlichen Verhandlung über den Antrag des Klägers auf Erlass des Versäumnisurteiles, also der Zeitpunkt des Ausschlusses des Eintritts des Beklagten in die Verhandlung.

Dem positiven Moment des Eintrittes in die Verhandlung entspricht nach dieser Theorie im Säumnisfalle der Moment, bis zu dem der Beklagte zur Abwendung der Säumnisfolgen prozessual tätig werden musste: der Schluss der mündlichen Verhandlung über den klägerischen Antrag auf Erlass des Versäumnisurteiles.

In diesem Moment wird er mit seiner Unzuständigkeitseinrede präkludiert und so behandelt, als wenn er die Klagetatsachen zugäbe, den Anspruch des Klägers aber bestreite und einen Antrag auf Klagabweisung stelle. „Er gilt als den Anspruch bestreitend und die Klagetatsachen zugestehend. Das ist eine, wenn auch aufgezwungene, Einlassung auf die Hauptsache. Sie ist gleichwertig dem Eintritt in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache“[3]). Man stellt also mit dieser Begründung die fingierte der wirklichen Streiteinlassung gleich und folgert, der Passivität des Beklagten das Hauptgewicht beilegend, konsequent, dass man die Zuständigkeitswirkung des § 39 ZPO. auch auf diesen Präklusionstatbestand mit dem Präklusionsmoment der fingierten Streiteinlassung des Beklagten und den Fall des § 333 ZPO. übertragen müsse. Die Kontroverse, ob in der Fiktion des § 333 ZPO. auch die Fiktion mündlichen Verhandelns des Beklagten zur Hauptsache enthalten sei, ist im bejahenden Sinne zu entscheiden[4]).

Gegen diese Argumentation für eine erweiternde Auslegung des § 39, auf deren Bedenklichkeit auch die Anhänger der Präklusionstheorie hingewiesen haben[5]), ist folgendes geltend zu machen[6]):

---

[3]) Wach, Gruchat, Bd. 40 S. 727, derselbe, Archiv, Bd. 62 S. 396, derselbe, Vorträge S. 230; Fitting, Archiv Bd. 63 S. 239. „Das Nichterscheinen des Beklagten muss Präklusion wirken und zwar aus einem doppelten Grunde, weil es 1. als Verzicht auf alle Einreden, mithin auch auf die Unzuständigkeitseinrede, gilt, 2. weil es als Einlassung zur Hauptsache behandelt wird, an welche sich von selbst der Verzicht aller prozesshindernden Einreden, also auch der verzichtbaren Unzuständigkeitseinrede knüpft.“ Vgl. ferner Fitting, ZZP. Bd. 6 S. 335, auch n. 120 den Hinweis auf Birkmeyer, Verhältnis . . . S. 74. Bolgiano, Grunhuts Zeitschr. Bd. 12 S. 594 ff. Dagegen v. Amsberg, Archiv Bd. 65 S. 91 ff., Petersen ZZP., Bd. 3 S. 245 ff.

[4]) Übereinstimmend mit Deybeck a. a. O. S. 144, vgl. auch die dort n. 4 zitierten Autoren.

[5]) Wach, Gruchot, Bd. 40 S. 726 sub VI.

[6]) Vgl. § 14 II S. 89 f.

1. Sie verkennt völlig die verschiedene Wertung des Tatbestandsmomentes mündlichen Verhandelns des Beklagten zur Hauptsache in §§ 39 und 274 ZPO., da sie im § 39 ZPO. das Präklusionsprinzip als solches zur Zuständigkeitsbegründung verwendet findet[7]). Aus diesem Gesichtspunkt muss sie in dem präkludierenden Momente des Versäumnisfalles, der fiktiven Streiteinlassung des Beklagten, ein der wirklichen Streiteinlassung gleichstehendes, weil präkludierendes, Moment sehen[8]).

2. Bei gegebener Unzuständigkeitseinrede ist es doch etwas ganz anderes, ob der Beklagte verhandelt oder säumig bleibt. Der nur hinsichtlich des Rechtsbehelfes der Unzuständigkeitseinrede säumige und verhandelnde und der total säumige Beklagte, dem, wenn er erschienen wäre, der Rechtsbehelf der Unzuständigkeitseinrede zugestanden haben würde, sind verschieden zu behandeln. Das objektiv inkongruente Verhalten des Beklagten im ersten Falle berechtigt den Gesetzgeber zu dem zur Fiktion gesteigerten Wahrscheinlichkeitsschluss, dass der Beklagte das Gericht mit der Sache befassen wolle, und dieser Wahrscheinlichkeitsschluss veranlasst ihn, für diesen Fall Zuständigkeit zu statuieren unter Ausschluss des Gegenbeweises seiner Annahme. Dagegen ist die Säumnis des Beklagten gegenüber einem unzuständigen Gerichte, man möchte sagen, durchaus kongruent und der Wahrscheinlichkeitsschluss völlig unzutreffend.

3. Bei Erstreckung der Zuständigkeitswirkung auf die Säumnis des Beklagten ist eine Säumnis vor einem unzuständigen Gericht unmöglich; denn dieses wird immer durch die Säumnis zuständig.

Auf dieses Argument hat man entgegnet, in den prorogierbaren Fällen sei die Inkompetenz lediglich ein Ver-

[7]) Über die Wertung beider Momente: § 13 II S. 82 f.

[8]) Die logische Verbindung beider Fiktionen für die Gesetzesauslegung ist durchaus am Platze. Es ist gar nicht abzusehen, weshalb man nicht die Rechtsgedanken zweier Fiktionen kombinieren soll — gegen Birkmeyer —, Das gegenseitige Verhältnis S 74.

teidigungsgrund des Beklagten. Ihre Berücksichtigung durch das Gericht sei eine Verletzung der Verhandlungsmaxime. Bei denkbarer Prorogation sei die amtliche Zuständigkeitsprüfung unzulässig [9]). Die Bedeutung der Zuständigkeitsordnung wird ignoriert, und gerade sie entkräftet dies Argument völlig [10]).

Und des weiteren: man müsse zwar im Versäumnisfall die amtliche Zuständigkeitsprüfung fordern, aber bei dieser Prüfung ergebe sich für das Gericht seine Zuständigkeit durch die Säumnis des Beklagten; mit anderen Worten: nur das zuständige Gericht darf die Versäumnisfolge aussprechen. Säumnisfolge ist zunächst nach der Präklusionstheorie die Zuständigkeit, die nun ihrerseits das Gericht zum Erlass des Versäumnisurteils ermächtigt. Dies Argument haben indes die Hauptvertreter des Präklusionsprinzipes nicht geltend gemacht, sondern folgerichtig aus ihrer Auffassung der Zuständigkeitsordnung den Ausschluss der Offizialprüfung gefordert [11]). Zudem muss die Zuständigkeit des Gerichtes spätestens bei Schluss der mündlichen Verhandlung, nicht erst durch ihn, nach den Gesetzen der Logik also, nach ihm gegeben sein.

III. „Der § 39 ZPO. enthält entgegen der Präklusionstheorie zwei koordinierte Momente: die Präklusion des Beklagten mit der Einrede der Unzuständigkeit und seinen Eintritt in die mündliche Verhandlung. Auf diesen strikte zu interpretierenden Tatbestand ist die Zuständigkeitswirkung zu beschränken.“ Die in jeder Fiktion an sich liegende Gewalttätigkeit und Singularität widerstrebt der analogen Anwendung [12]).

---

[9]) Wach, Gruchot, Bd. 40 S. 728—730. Bolgiano, Grünhuts Zeitschr. Bd. 12 S. 605 ff. Fitting, Archiv Bd. 63 S. 242 ff. u. ZZP. Bd. 6 S. 338 ff. sub VIII.

[10]) Die Bedeutung ist erst unten darzustellen, vgl. § 18 S. 109 ff.

[11]) Vgl. Wach, Archiv Bd. 62 S. 393 der, wenn auch in einem anderen Zusammenhang ebenfalls auf dieses Hysteronproteron hinweist.

[12]) Wach, Hdb. I S. 509.

§ 15.

3. Sein Charakter als Zuständigkeitsnorm.

Die Präklusionstheorie, von Wach und Bülow fast gleichzeitig aufgestellt und von Fitting unter dem Namen Ablehnungsprinzip — „weil als das wahrhaft Wesentliche nicht der Ausschluss von der Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede, sondern einfach die Unterlassung ihrer Geltendmachung erscheint“[1] — angenommen, streitet nun ihrerseits wieder darüber, was das die Zuständigkeit begründende Moment im § 39 ZPO. sei. Bülow behauptet, die Zuständigkeitswirkung trete ein auf Grund der Klageerhebung in Verbindung mit der Präklusion der Unzuständigkeitseinrede des Beklagten, das positive Moment sei die Klageerhebung[2]).

Wach knüpft die Zuständigkeitswirkung an die Präklusion als solche, an ein negatives Moment, d. h. natürlich an den positiven Präklusionszeitpunkt.

An dieser Stelle lässt nun Fitting das Kausalitätsgesetz eingreifen und folgert, durch reine Unterlassung eines positiven Eingreifens könne eine positive Wirkung nicht hervorgerufen werden, etwas noch nicht Vorhandenes nicht geschaffen werden[3]). Nachdem er das positive Moment der Klageerhebung als Zuständigkeit begründend ausgeschaltet hat, weil die Zuständigkeitswirkung auch dann eintrete, wenn der Kläger irrtümlich das Gericht als zuständig angenommen habe und es in diesem Fall zwischen der Klageerhebung und der Zuständigkeitswirkung an dem ursächlichen Zusammenhang fehle, behauptet er, man werde mit Notwendigkeit zu dem Schluss geführt, dass in den prorogierbaren Fällen die Zuständigkeit schon vor der Klageerhebung vorhanden gewesen sein müsse, und

---

[1]) ZZP. Bd. 6 S. 307.

[2]) Bülow, Archiv Bd. 62 S. 43, 54 u. Bd. 64 S. 29 ff.

[3]) Fitting, Archiv Bd. 63 S. 243 ff.

gelangt auf diesem Wege zur Aufstellung seines generellen Zuständigkeitsprinzipes.

I. Das Prinzip der generellen Zuständigkeit wird von Fitting folgendermassen formuliert: „Jedes ordentliche Gericht erster Instanz ist für jede Klage zuständig, d. h. zu ihrer Verhandlung und Entscheidung fähig und befugt, unter der Einschränkung, dass nicht 1. ausnahmsweise aus Rücksichten des öffentlichen Interesses ein Gericht bestimmter Art oder ein Gericht eines bestimmten Bezirkes für zuständig erklärt ist und 2. dem Beklagten aus Rücksicht auf seine privaten Interessen gestattet ist, selbst bei einem an sich zuständigen Gericht die Einlassung auf die Klage abzulehnen“ [4]).

Zunächst scheint die Anwendung des Kausalitätsgesetzes, das Fitting „mit Notwendigkeit“ zu seinem Schluss drängt, sehr wenig angebracht. Denn bei einer solchen kausalen Betrachtung ist überhaupt kein ursächlicher Zusammenhang zwischen Zuständigkeitsgrund und Zuständigkeitswirkung möglich. Die „gesetzliche Kausalfolge“ lässt sich doch schlechterdings nicht an dem allgemeinen Kausalitätsgesetz der Logik messen. Die Zuständigkeitswirkung als Kausalfolge eines Zuständigkeitsgrundes ist immer nur möglich kraft eines Rechtssatzes, der die Kausalitätsfolge: Zuständigkeit, statuiert. Behandelt der Gesetzgeber die Präklusion kausal, so ist die Passivität des Beklagten für die Zuständigkeit kausal, und es ist ganz gleichgültig, ob eine logische Kausalitätsbetrachtung ergibt, dass eine positive Wirkung nicht durch reine Unterlassung eines positiven Eingreifens hervorgerufen werden kann

Dass dies aber auch bei logischer Kausalitätsbetrachtung durchaus möglich ist, sei nur nebenbei erwähnt.

Natürlich muss ein positives Moment gegeben sein, in dem die Zuständigkeitswirkung eintreten kann. Und nach

[4]) Fitting, Archiv Bd. 63 S. 245 ff. u. ZZP. Bd. 6 338 ff.

diesem Zeitpunkt hätte Fitting höchstens suchen können, was natürlich unnötig war; denn eine Präklusion ohne Präklusionsmoment ist eine unvollziehbare Vorstellung.

Der Begriff der Zuständigkeit, zu dem nun Fitting durch die Anwendung des Kausalitätsgesetzes kommt, ist derart allgemein gehalten, dass er unbrauchbar ist. Zuständigkeit als Fähigkeit und Befugnis eines Gerichtes, eine Klage zu verhandeln und zu entscheiden, ist eine ganz allgemeine Voraussetzung für die Funktionen irgendwelcher Staatsbehörden mit judiziellen Befugnissen. Von dieser abstrakten Befugnis und Fähigkeit redet nicht einmal das GVG. Sie ist die selbstverständliche staatsrechtliche Voraussetzung der Tätigkeit der Gerichte.

Mit diesem abstrakten Zuständigkeitsbegriff wird von Fitting die konkrete aus der Zuständigkeit folgende Urteilsbefugnis und Urteilspflicht des Gerichtes identifiziert. M. E. bemerkt Just sehr mit Recht, dass Fitting das legislatorische Motiv für die Vorschrift des § 39 ZPO. mit diesem selbst verwechsele [5]).

Ferner lässt sich die dispositive Zuständigkeitsordnung doch nicht wohl als ein Katalog von Ablehnungsrechten des Beklagten auffassen und ihre Bedeutung für die Gerichte gänzlich ignorieren. Sie regelt doch in erster Linie die Voraussetzungen und den Inhalt der staatlichen Rechtspflegetätigkeit, indem sie unmittelbar die Gerichte zu Trägern richterlicher Rechte und Pflichten erklärt und diese nach den ihr geeignet erscheinenden Gesichtspunkten lokalisiert. Dagegen sind alle Rechte des Beklagten Reflexe der Zuständigkeitsordnung, die sich zu subjektiven Rechten verdichtet haben [6]).

Das Ablehnungsrecht des Beklagten ist nicht der einzige Inhalt der Zuständigkeit.

[5]) Just, Archiv Bd. 68 S. 287.
[6]) Vgl. § 2 V. S. 16 ff.

Zuständige Gerichte, die dem Ablehnungsrecht des Beklagten ausgesetzt sind, kennt die ZPO. nicht.

Dass es in dem Gesetz nicht an dem positiven Moment fehlt, ist schon dargetan worden. Es weist aber auch die Theorie dadurch ab, dass es ausdrücklich erklärt, dass das Gericht, vor dem der Tatbestand des § 39 ZPO. vorliege, erst zuständig werde, ebenso wie das vereinbarte Gericht. So ergibt denn auch die grammatikalische Interpretation, die von Fitting selbst als seiner Theorie entgegenstehend zugegeben wird, die Unrichtigkeit des Prinzips der generellen Zuständigkeit.

II. Eine andere über den Charakter des § 39 ZPO. aufgestellte Ansicht ist die These von Birkmeyer, die Theorie der Judikationsbefugnis [7]). Diese exceptionelle Theorie, deren Inhalt leicht, deren Aufstellung dagegen nur schwer zu verstehen ist, soll nur einer kurzen Betrachtung unterworfen werden. Die Theorie lautet folgendermassen: Der § 39 ZPO. begründet keine Zuständigkeit, sondern nur die Judikationsbefugnis zu Gunsten des mit der Sache einmal befassten unzuständigen Gerichtes. Zur Begründung führt Birkmeyer an:

1. in der Fiktion der Vereinbarung sei eine weitere Fiktion: Zuständigkeit ist anzunehmen, enthalten;
2. Das Mittel der Zuständigkeitsbegründung sei inkongruent dem von dem Gesetzgeber angestrebten Zweck;
3. den Gesetzgeber trifft der Vorwurf der Unklarheit und des inneren Widerspruches in der Regelung der allgemeinen Kompetenzgründe.

ad 1.) Die Unterstellung des Tatbestandes des § 39 ZPO. vermittels der Fiktion hat nur den Zweck, die prozessuale Wirkung der Vereinbarung auch auf ihn zu über-

[7]) Birkmeyer, Das gegenseitige Verhältnis und ZZP. Bd. 5 S. 124 ff, und in der Mecklenburger Zeitschr. für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 6 S. 205 ff.

tragen [8]). Von einer weiteren Fiktion der Zuständigkeit kann keine Rede sein. Zum anderen hätte doch die Begründung einer Judikationsbefugnis im Gesetz irgend einen Anhalt finden müssen, zumal die Judikationsbefugnis in concreto den wesentlichsten Inhalt der Zuständigkeit bildet und die von Birkmeyer angenommene Judikationsbefugnis doch auch eine Urteilspflicht des angegangenen Gerichtes zur Folge haben muss. Hiernach ist nicht abzusehen, wodurch sich diese Quasi-Zuständigkeit von der wirklichen Zuständigkeit unterscheidet.

ad 2.) Dass das Mittel dem gesetzgeberischen Zweck inkongruent ist, ist jedenfalls keine Widerlegung seiner Anwendung. Auf die Konsequenz, die Birkmeyer aus seiner Theorie hinsichtlich der Widerklage zieht, braucht nicht eingegangen zu werden [9]). Nur scheint aus ihr hervorzugehen, dass gerade diese Konsequenz gegen seine Theorie spricht [10]).

ad 3.) Was endlich den inneren Widerspruch zu den übrigen Zuständigkeitsgründen, insbesondere zur Vereinbarung, anlangt, so ist diese Zuständigkeitsnorm eigentlich die letzte Konsequenz des der Vereinbarung zu Grunde liegenden Rechtsgedankens. Der Gesetzgeber, der innerhalb gewisser Schranken den Parteien gestattet, die Zuständigkeit eines unzuständigen Gerichtes zu begründen, musste, wenn die Parteien weder von der Vereinbarung noch von den anderen Zuständigkeitsgründen Gebrauch machten, einen Kompetenz begründenden Aushilfetatbestand aufstellen, eine Erscheinung, die das dispositive Recht so sehr häufig aufweist. In diesem suppletorischen Rechtssatz erklärt er, soweit die Parteien über die reguläre Zuständigkeitsordnung disponieren können, soll deren Aufrechterhaltung auch ihrem Interesse anheimgestellt werden, und wenn der Kläger durch die Erhebung der Klage

[8]) Vgl. § 13 I S. 79 ff.

[9]) Über diese Frage vgl. Deybeck a. a. O. S. 162 ff. ad 1).

[10]) Picot, a. a. O. S. 53.

und der Beklagte durch Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede und Eintritt in die meritorische Verhandlung die Unzuständigkeit des Gerichtes faktisch, nicht willentlich — wissentlich ignoriert hat, so wird hierdurch das Gericht zuständig. Das legislatorische Motiv dieser Bestimmung liegt in dem von jeder modernen Prozessordnung anerkannten Grundsatz der Prozessökonomie.

III. Als Resultat ergibt sich: Der § 39 ZPO ist eine selbständige, aus prozessualen Zweckmässigkeitsrücksichten aufgestellte Zuständigkeitsnorm ergänzenden Charakters; denn diese Bestimmung greift immer dann Platz, wenn bei Mangel jedes weiteren Zuständigkeitsgrundes der erörterte Tatbestand vorliegt.

§ 16.

4. Die Dauer der Zuständigkeitswirkung [1]).

Die verschiedenfache Auffassung über das dem § 39 ZPO. zu Grunde liegende Prinzip musste auch zu einer verschiedenfachen Beantwortung der Frage nach der Dauer der aus dem § 39 ZPO. resultierenden Zuständigkeit führen.

I. Unterstellt man den Tatbestand des zitierten Gesetzes dem Vereinbarungsgedanken, so müsste die einmal entstandene Zuständigkeit den Prozess, insbesondere eine Klagerücknahme, überdauern, analog der durch Parteivereinbarung entstandenen Zuständigkeit [2]). Denn die vorbehaltlose Streiteinlassung des Beklagten schafft nach dieser Theorie die Zuständigkeit der Vereinbarung und die durch den Tatbestand des § 39 ZPO. einmal ausgelöste Kausalwirkung wirkt weiter. Diese Konsequenz wird aber allgemein abgelehnt, und sehr zu Recht.

II. Von dem Standpunkt des Präklusionsprinzips kann es naturgemäss keine längere Dauer dieser Zuständigkeits-

[1]) Deybeck, a. a. O. S. 168
[2]) Vgl. § 10 III S. 69 ff.

wirkung geben als die der bestehenden Präklusion des Beklagten mit der Unzuständigkeitseinrede.

III. Dieses spezielle aus der Präklusionstheorie zu folgernde Ergebnis liegt aber abstrakt der Zuständigkeitsordnung zu Grunde. Denn jede Zuständigkeit ist nur solange gegeben, als der sie begründende Tatbestand vorliegt. Mit dessen Wegfall endigt auch die durch ihn entstandene Zuständigkeit. Dieser Satz lässt sich mittelbar auch aus dem § 263 Z. 2 ZPO. folgern.

Wendet man diesen Rechtssatz auf den § 39 ZPO. an, so ergibt sich zunächst, dass dessen Tatbestand die Rechtshängigkeit der Streitsache voraussetzt. Die Klagerücknahme endigt die Rechtshängigkeit, und nach § 271 III ZPO. ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen. Durch diese Bestimmung verliert aber auch der Zuständigkeit begründende Tatbestand des § 39 ZPO. seine juristische Existenz, und ein juristich nicht vorhandener Tatbestand ist unfähig, Zuständigkeit begründend zu wirken. Die gegenteilige Entscheidung würde zu einer der ZPO. widersprechenden perpetuatio fori führen.

Vergegenwärtigt man sich ausserdem noch den exzeptionellen Charakter und den Zweck dieser Zuständigkeitsnorm, von einem bestimmten Prozessstadium jede Zuständigkeitsrüge auszuschliessen, so ist klar, dass die Zuständigkeitswirkung nur insoweit und nur solange bestehen bleiben soll, als der Beklagte mit der Unzuständigkeitseinrede präkludiert ist, also nie eine irgendwie erfolgte Erledigung des Prozesses, insbesondere nicht die Klagerücknahme, überdauern kann.

IV. Die Nachholung der Unzuständigkeitseinrede gemäss § 274 III ZPO kann wegen ihrer absoluten Verwirkung [4]) die Zuständigkeitswirkung des § 39 ZPO. natürlich nicht endigen.

[3]) Vgl. Wach, Hdb. I S 509 III.

[4]) Vgl. § 12 II S. 77.

DRITTES KAPITEL.

§ 17.

Die Zuständigkeitswirkung der §§ 38 und 39 in Verbindung mit § 328 Absatz I Z. 1 ZPO. für ausländische Gerichte.*)

I. Die Prozessrechtssätze als Mittel der Realisierung des Rechtsschutzes müssen ihrer inneren Natur nach von dem Territorialitätsprinzip, dem Prinzip räumlicher, das Staatsgewaltgebiet umfassender Geltung beherrscht sein. Denn nur soweit die Staatsgewalt in ihrer rechtschützenden Funktion Wirkungen zu äussern vermag, können sie ihr Geltungsgebiet erstrecken. Demgemäss deckt sich dies prinzipiell mit dem Staatsgewaltgebiet und findet an dem Herrschaftsgebiet anderer Staatsgewalten seine natürliche Schranke.

Konsequent durchgeführt würde die durch die Koexistenz der Staaten, mithin ihrer Rechtsordnungen, inhaltlich bestimmte Territorialmaxime den Bestand der Rechtsordnung eines Staates sehr bald erheblich gefährden und ihn zur Ohnmacht gegenüber Verletzungen seiner Rechtsordnung verurteilen. Daraus folgt für die Staaten die Notwendigkeit, fremde Rechtsordnungen, wenn auch nur bedingt, anzuerkennen, und nicht nur anzuerkennen, sondern auch durch die eigenen Staatsmachtmittel in dem für erforderlich gehaltenen Umfang zu schützen.

Eine solche Anerkennung fremder Rechtsordnung, d. h. Anerkennung eines auf Grund fremder Rechtsordnung erflossenen, fremde Rechtssätze zur Geltung bringenden Urteils findet sich in ZPO. § 328, der die Voraussetzungen der An-

*) Es sind vorwiegend zu vergleichen: Planck, Lehrb. I § 21 sub B; Wach, Hdb. I § 19, besonders sub IV, V S. 219, 254. Wach, Vorträge 2. Absch. Die Zwangsvollstreckung. R. Schmidt, Lehrb. § 48; Kohler, Ges. Beiträge 8. Abt. bes. sub VII 1. Absch. S. 556 ff.; Franke, ZZP. Bd. 8 S. 1 ff., Bd. 27 S. 125 ff.; die Kommentarliteratur zu § 328 Z. 1 der ZPO.

erkennung ausländischer Urteile im Inland normiert. Als deren erste nennt § 328 I Z. 1 ZPO. die sich nach deutschen Gesetzen ergebende Zuständigkeit der Gerichte des Staates, dem das urteilende ausländische Gericht angehört, in folgender Fassung: „Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichtes ist ausgeschlossen, wenn die Gerichte des Staates, dem das ausländische Gericht angehört, nach deutschen Gesetzen nicht zuständig sind."

Diese erste Bedingung der Anerkennung ausländischer Urteile bildet die Basis für die Entscheidung der Frage, ob die Parteivereinbarung und der ihr gleichgestellte Tatbestand des § 39 ZPO. für die Zuständigkeit ausländischer Gerichte nach deutschen Gesetzen Kompetenz begründend wirken. Dies ist ohne weiteres zu bejahen, denn zu den deutschen Zuständigkeitsgesetzen gehören auch die Vorschriften der §§ 38—40 ZPO. [1]).

II. Unter dem Zuständigkeitsbegriff des § 328 I Z. 1 ZPO. ist lediglich die örtliche Zuständigkeit der ausländischen Gerichte zu verstehen.

Die Unzulässigkeit der Subsumtion sachlicher Zuständigkeit unter diesen Begriff ergibt sich aus folgendem:

Die sachliche Zuständigkeitsordnung, als die Organisation der Gerichte in ihrem Verhältnis zu einander, ist ein Internum der ausländischen Staaten, über das dem inländischen Richter keine Kognition zugestanden werden kann, insbesondere nicht unter Zugrundelegung inländischer Zuständigkeitsnormen. Eine derartige Prüfung würde der Anerkennung ausländischer Urteile widersprechen, hiesse den Ausgangspunkt der Anerkennung materieller Rechtskraft ausländischer Urteile in ihrer prinzipalen Voraussetzung verleugnen. Ein Staat, der Urteile

[1]) Wach, Vorträge S. 230 „Mit der Anerkennung unserer Kompetenzgrundsätze als der massgebenden für die Entscheidung der beregten Zuständigkeitsfrage werden die Prorogationsregeln (§ 38—40) für diese mitbestimmend".

ausländischer Gerichte nur unter der Bedingung anerkennen wollte, dass deren objektive Zuständigkeitsordnung der seinen entspricht, müsste letzten Endes diese Bedingung zum legislativen Prinzip für das internationale Recht machen, über dessen Absurdität nicht weiter zu reden ist. Gerade trotz der Verschiedenheit objektiver Zuständigkeitsordnung werden ausländische Urteile anerkannt, was sich schon aus der Konsequenz dieses Prinzipes: Gleichheit objektiver Zuständigkeitsordnung in allen Staaten ergibt.

Vielmehr ist die objektive Kompetenzordnung ausländischer Gerichte ein der Prüfung des ausländische Urteile anerkennenden Staates an der Hand seiner Zuständigkeitsordnung nicht unterliegendes, für ihn ohne weiteres als gegeben anzusehendes Grund- und Mindesterfordernis [2]).

Dies resultiert aus der wechselseitigen Anerkennung der Staaten als Staatsindividualitäten, aus dem sich aus der völkerrechtlichen Maxime der Koexistenz der Staaten ergebenden Grundsatz völkerrechtlicher Gleichberechtigung, d. h. Anerkennung ihrer Rechtsverschiedenheit [3]).

Mit dieser Argumentation fällt auch gleichzeitig die Interpretation des Zuständigkeitsbegriffes des § 328 I Z. 1 ZPO. im Sinne einer Zulässigkeit des Rechtsweges, ein Begriff, der der objektiven Zuständigkeit i. w. S. angehört [4]). Vom Standpunkt des internationalen Rechtes gesehen, bedeutet die hier abgelehnte generelle Subsumtion sachlicher Zuständigkeit unter den Zuständigkeitsbegriff leg. cit. einen plumpen Rückfall in die Territorialmaxime, deren Unzulänglichkeit zu Beginn

---

[2]) Vgl. Rintelen, ZZP. Bd. 9 S. 465, der ebenfalls die Prüfung der auf den Gesetzen über die Organisation der Gerichte beruhende sachliche Zuständigkeit ausscheidet.

[3]) Vgl. Wach, Hdb. I S. 232 n. 37, der ebenfalls das völkerrechtliche, gegenüber dem technisch-prozessualen Zuständigkeitsmoment hervorhebt.

[4]) A. A. Rintelen a. a. O. S. 466.

dieses Paragraphen gerade als Anerkennungsgrund fremden Rechtes bezeichnet worden ist.

Das Prinzip vorbehaltloser Anerkennung ausländischer objektiver Kompetenzregelung muss notwendig dann eine Einschränkung erleiden, wenn die Anerkennung des Urteiles, mittelbar der ausländischen objektiven Zuständigkeitsordnung, gegen den Zweck einer inländischen Kompetenznorm verstösst. Eine solche Zweckbestimmung wirksamer Garantie eigenstaatlicher Interessen kann niemals zu Gunsten der Anerkennung eines ausländischen Urteiles geopfert werden[5]); ihren Schutz gewährt hinreichend § 328 Z. 4 ZPO., ganz abgesehen von § 40 ZPO.[6]) Diese Einschränkung gründet gleichfalls in dem schon erwähnten Grundsatz völkerrechtlicher Gleichberechtigung. Vorbehaltlose Anerkennung seiner objektiven Kompetenzordnung darf ein Staat da nicht verlangen, wo ihr individuelle, in den objektiven Zuständigkeitsnormen speziell berücksichtigte Interessen des anerkennenden Staates entgegenstehen.

Als Resultat der Darlegungen ergibt sich die vorbehaltlose generelle — nicht spezialisierte — Anerkennung ausländischer objektiver Zuständigkeitsordnung durch den inländischen Staat.

Die Fassung des Gesetzes, das zwischen dem urteilenden ausländischen Gericht und den Gerichten des ausländischen Staates schlechthin scheidet, ergibt als selbstverständliches Resultat, dass unter Zuständigkeit nach deutschen Gesetzen i. S. des § 328 I Z. 1 ZPO. nicht die konkrete des Spruchgerichtes, sondern die abstrakte Zuständigkeit der ausländischen Gerichte zu begreifen ist[7]). Da gemäss der Dar-

[5]) Wach, Vorträge S. 228 „... aber wir treiben weder diese Anerkennung bis zur Selbstverleugnung, d. h. wir respektieren das ganze Urteil nicht, wenn es in unsere Jurisdiktion eingreift".

[6]) Dass sich der Ausdruck Gesetz nur auf materiell rechtliche Sätze bezieht, kann nicht behauptet werden.

[7]) RG. Bd. 51 S. 135.

stellung die sachliche Zuständigkeit aus dem Zuständigkeitsbegriff des § 328, Absatz I Z. 1 ZPO. ausscheidet, so muss diese inhaltlich mit dem Begriff abstrakter örtlicher Zuständigkeit in der deutschen Gerichtsstandsnorm sich decken.

Diesen Begriff abstrakter örtlicher Zuständigkeit nach deutschen Gesetzen hat man mit der Argumentation angefochten, die positive Grundlage örtlicher Zuständigkeit sei begrifflich das Vorhandensein tatsächlicher räumlicher Beziehungen eines Rechtsstreites zu einem einzelnen Gerichtssprengel, die evtl. mehrere, aber immer nur konkrete Gerichtsstände ergeben könnten. Aus dieser Argumentation schloss man auf das Erfordernis örtlicher Zuständigkeit des ausländischen Spruchgerichtes nach deutschen Gerichtsstandsnormen als Bedingung für die Anerkennung des von ihm erlassenen Urteils[8]). Allein zu Unrecht: Denn aus der begrifflichen Voraussetzung der Gerichtsstände ergibt sich lediglich, dass die Kognition des inländischen Richters bei der Prüfung der Gerichtsstandsfrage Rechts- und Tatfrage gleichermassen umfasst. Entsprechend jener oben erwähnten richtigen, aber in ihren Folgerungen falschen Argumentation, muss die Prüfung der Tatfrage und die Subsumtion der geprüften, tatsächlichen Voraussetzungen unter die Gerichtsstandsnormen immer einen konkreten Gerichtsstand bei einem der ausländischen Gerichte ergeben. Daraus folgt aber nichts für die örtliche Zuständigkeit des Spruchgerichtes als Erfordernis inländischer Anerkennung des von ihm erlassenen Urteils. Abgesehen von der Unvereinbarkeit dieser Ansicht mit dem Gesetzestext ergibt sich die Richtigkeit des Begriffes abstrakter örtlicher Zuständigkeit auch daraus, dass dem Übergriff eines ausländischen Gerichtes in die Kompetenzsphäre eines anderen ausländischen Gerichtes keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden kann; „denn auf die territoriale Abgrenzung der Gerichtsbarkeit der Staaten, nicht der Gerichte des Auslandes

[8]) Rintelen, a. a. O. S. 465.

untereinander, zielt § 328 I Z. 1 ZPO. (§ 661 III) ab“ [9]). Der inländische Staat hat nur ein Interesse daran, dass der ausländische Staat nicht in sein Jurisdiktionsgebiet übergreift; ist aber der ausländische Staat berechtigt, nach den Normen des inländischen Staates einen Rechtsstreit in seine Jurisdiktion aufzunehmen, so hat er an der Aufrechterhaltung der einzelnen Gerichtsstandsnormen kein Interesse mehr [10]), zumal auch nach deutschem Recht der Mangel der Zuständigkeit mit der Rechtskraft des Urteils heilt.

Dass inländische und ausländische Gerichtsstände konkurrieren, bedarf keiner Erörterung.

III. Zu den Gerichtsstandsnormen gehört auch die Parteivereinbarung und der ihr gleichgestellte Tatbestand. Beide wirken also in gleicher Weise für ausländische Gerichte Kompetenz begründend wie die übrigen Gerichtsstände der ZPO. Die Vereinbarung der ausschliesslichen Zuständigkeit eines ausländischen Gerichtes macht alle inländischen Gerichte unzuständig und gibt dem Beklagten die Einrede der Unzuständigkeit, wenn er bei einem inländischen Gerichte belangt wird.

Dass die Parteien ausländische Gerichte nur in den Grenzen des § 40 II ZPO. vereinbaren können, ergibt sich schon aus der Erörterung des Zuständigkeitsbegriffes [11]). Diese Grenzen sind auch massgebend, wenn der Tatbestand des § 39 ZPO. vor einem ausländischen Gericht gegeben ist.

Die Zuständigkeitsvereinbarung für ausländische Gerichte ist regelmässig eine Gerichtsstandsvereinbarung, ohne die eine sachliche Zuständigkeitsvereinbarung wohl nicht denkbar ist.

---

[9]) Wach, Hdb. I S. 232.

[10]) Kohler, Ges. Beiträge S. 558. „Das Inland soll eine fremde Jurisdiktion anerkennen, wenn diese so mit der Sache verbunden ist, dass das Inland nach seiner eigenen Gesetzgebung die Entscheidung der Sache in jenem Gebiete suchen würde.“

[11]) Vgl. § 17 II S. 104 ff.

Abgesehen davon, dass auf die sachliche Zuständigkeit ausländischer Gerichte nach § 328 Z. 1 ZPO. nichts ankommt, wird es den ausländischen Gerichten nie an ihr mangeln.

Die Parteivereinbarung für die Zuständigkeit ausländischer Gerichte muss ferner gemäss § 40 I ZPO. konkretisiert sein. Sie kann auch nicht schlechthin ausländische, etwa englische Gerichte für zuständig erklären. So wenig man die kaiserlichen Gerichte Elsass-Lothringens prorogieren kann mangels jeder Bestimmtheit des Vertragsinhaltes, bei welchem Gerichte denn die Kompetenz begründende Wirkung eintreten soll, ebenso kann man auch nicht die Gerichte eines ausländischen Staates als solche prorogieren. Erforderlich und genügend ist, wenn sich ein prorogiertes ausländisches Gericht als das vertraglich gewollte ermitteln lässt.

Aus dem erörterten Zuständigkeitsbegriff erhellt auch, dass für die Anerkennung des ausländischen Urteils nichts darauf ankommt, ob der Kläger gerade vor dem vereinbarten Gerichte geklagt hat. Es genügt die Feststellung jedweder rechtswirksamen Relation — der Parteivereinbarung, — die auf die Zuständigkeit der ausländischen Gerichte hinweist.

Das ausländische Gericht muss nach deutschen Gesetzen unzuständig sein, wenn eine rechtswirksame Zuständigkeitswirkung nach §§ 38, 39 ZPO. eintreten soll, gleichgiltig, ob das ausländische Gericht etwa nach den Gesetzen seines Staates zuständig ist[12]).

Wie sich der ausländische Richter mit einer solchen Parteivereinbarung abzufinden hat, ob sich das Gericht des ausländischen Staates auch nach seinem Rechte zuständig macht, ob die sie beschränkenden Grenzen eingehalten sind etc., dafür ist lediglich das Recht seines Staates massgebend, insbesondere auch für die etwa vorgeschriebene Form, die evtl. Mitwirkung des Gerichtes u. a.[13]).

[12]) Unrichtig RG. Bd. 37 S. 400 ff.

[13]) Eine im Ausland geschlossene, deutsche Gerichte bezielende Zuständigkeitsvereinbarung ist hinsichtlich der Form nach deutschen Gesetzen zu beurteilen.

Kompetenz begründend wirkt auch der Tatbestand des § 39 ZPO., indes nur unter der Voraussetzung, dass das ausländische Recht die Möglichkeit des Zusammentreffens beider Tatbestandsmomente bietet. Insbesondere ist jede Kompetenz begründende Wirkung ausgeschlossen, falls etwa das ausländische Recht kein mündliches Verhandeln im Prozess kennt. Niemals kann auch das Ausbleiben des Beklagten die Prorogation des Gerichtes zur Folge haben, und sollte auch nach ausländischem Rechte hierdurch Zuständigkeit geschaffen werden. Einem solchen Urteile ist nach deutschem Recht immer die Anerkennung zu versagen[14]).

IV. Eine ganz andere Frage ist endlich die, ob die Parteien ausländische Gerichte im Wege einer Zuständigkeitsvereinbarung um Rechtsschutz angehen dürfen. Dies Dürfen der Parteien ist natürlich nicht aus der sich lediglich auf deutsche Gerichte beziehenden Vorschrift des § 38 ZPO. zu folgern. Es ist dies vielmehr ein unverbietbares, aus der staatlichen Anerkennung der Parteien als Persönlichkeit fliessendes Können. Dies kommt unmittelbar auch darin zum Ausdruck, dass der moderne Staat seine Rechtsschutzeinrichtungen jedem Ausländer, der sie in Anspruch nehmen will, prinzipiell in gleicher Weise und unter gleichen Bedingungen zur Verfügung stellt wie den eigenen Staatsangehörigen.

[14]) Vgl. auch ZPO. § 328 Z. 2.

Schluss.

§ 18.

Die Bedeutung der Zuständigkeitsordnung in den prorogierbaren Fällen.

In diesen Schlussbemerkungen soll nicht des näheren auf die Folgerungen eingegangen werden, die man im Anschluss an die behandelte Lehre von der Zuständigkeitsvereinbarung und dem ihr gleichgestellten Tatbestand auf die richterliche Zuständigkeitsprüfung gezogen hat, sondern lediglich die Bedeutung der Zuständigkeitsordnung in den prorogierbaren Fällen klargestellt werden.

I. Die den Parteien vom Gesetze gewährte Möglichkeit, durch Vereinbarung die Zuständigkeit eines Gerichtes begründen zu können, hat zu einer verschiedenen Wertung der „gesetzlichen" Zuständigkeitsordnung gegenüber der parteiwillensmässigen geführt.

Man hat die Ansicht aufgestellt, eine Zuständigkeitsordnung, die eine Verschiebung durch die Parteien zulasse, sei nur im Parteiinteresse aufgestellt. An dieser Zuständigkeitsordnung sei das öffentliche Interesse des Staates nicht beteiligt[1]).

[1]) Vgl. § 15 I ad [1]) S. 95 f.

Darauf hat eine andere Ansicht erwidert, die Möglichkeit einer Vereinbarung beweise nicht, dass das öffentliche Interesse an der Zuständigkeitsordnung unbeteiligt sei. Vielmehr nehme das Gesetz eine Interessenabwägung vor und erkläre wegen des Parteiinteresses, das im kontreten Falle vorliege, die normale Zuständigkeitsordnung hinter der parteiwillensmässigen zurücktreten lassen zu wollen.

Diese Ansicht ist die zutreffende, weil sie zunächst an das der Setzung dispositiven Rechts immer zu Grunde liegende legislatorische Motiv der Interessenabwägung anknüpft und hierdurch das Verhältnis der parteiwillensmässigen und der normalen Zuständigkeitsordnung richtig erkennt. Dagegen läuft die erste Ansicht auf die These hinaus, in der Zuständigkeitsordnung der ZPO. habe das abstrakte Individualinteresse die primäre, das Gemeininteresse die subsidiäre Regelung gefunden. Über die Unrichtigkeit dieser Auffassung ist kein Wort zu verlieren. Denn das abstrakte Individualinteresse hat in der Zuständigkeitsnorm des § 38 ZPO. überhaupt keine Berücksichtigung gefunden, sondern nur das konkrete. Und dass dies prinzipiell, wenn auch nicht im konkreten Fall, dem in der normalen Zuständigkeitsordnung dokumentierten Gemeininteresse nachsteht, darüber ist überhaupt nicht zu streiten.

II. Nach der ersten Ansicht hat die Aufrechterhaltung der lediglich im Parteiinteresse aufgestellten Zuständigkeitsordnung nur durch die Parteien zu erfolgen. Sie behauptet, die Einrede der Unzuständigkeit stehe ganz unter der Verhandlungsmaxime. Der Richter, der diese nicht verletzen dürfe, dürfe auch durch die Offizialprüfung die Unzuständigkeitseinrede nicht ergänzen. Diese Theorie — von Wach, Fitting und Bolgiano vertreten — identifiziert die Unzuständigkeit des Gerichtes mit dem Ablehnungsrecht des Beklagten [2]).

[2]) Vgl. § 15 I S. 96.

Die zweite Ansicht sagt, der bei einem unzuständigen Gericht belangte Beklagte könne sich, da er prorogieren könne, auch seines Ablehnungsrechtes begeben. Auf die Aufrechterhaltung der Zuständigkeitsordnung könne in allen prorogierbaren Fällen vom Beklagten verzichtet werden Sie behauptet aber nicht, die Aufrechterhaltung der Zuständigkeitsordnung habe nur durch die Parteien zu erfolgen.

Im § 274 III ZPO. zählt das Gesetz die Einrede der Unzuständigkeit in den prorogierbaren Fällen unzweifelhaft zu den verzichtbaren prozesshindernden Einreden. Dies sind die Bedingungen der Sachentscheidung, deren Vorliegen das Gericht nicht von Amtswegen zu berücksichtigen hat und auch nicht berücksichtigen darf, sondern deren Mangel allein dem Rügerechte des Beklagten untersteht.

Ist nun wirklich die Einrede der Unzuständigkeit eine verzichtbare, prozesshindernde Einrede im Sinne des § 274 III?

Erfasst man die Zuständigkeit als die Voraussetzung staatlicher Rechtspflegetätigkeit, so erscheint es zunächst unwahrscheinlich, dass über ihr Vorhanden- oder Nichtvorhandensein allein der Beklagte entscheiden soll, gleichgültig, ob es sich dabei um die reguläre oder parteiwillensmässige Zuständigkeit handelt.

Ein Verzicht auf die Einrede der Unzuständigkeit mit der prozessualen Wirksamkeit, dass die Unzuständigkeitseinrede dem Beklagten nicht mehr zustehe, ist nicht möglich, weil dieser Verzichtswille immer Vereinbarungswille ist, gleichgültig, ob ihm auch ein gleicher klägerischer entspricht. Der im Prozess erklärte Verzicht auf die Einrede der Unzuständigkeit wird die Zuständigkeit des Gerichtes, die ihren Grund nicht in einer im Prozess erklärten Vereinbarung, sondern im Tatbestand des § 39 ZPO. hat. Denn dieser Verzicht ist vorbehaltlose Streiteinlasssng des Beklagten[3]).

[3]) § 14 I S. 89.

Gibt es aber in dem oben angedeuteten Sinne keinen prozessualen Verzicht des Beklagten auf die Aufrechterhaltung der Zuständigkeitsordnung, so ist eine völlige Identifizierung der Unzuständigkeit mit einem Ablehnungsrecht des Beklagten nicht möglich. Die partielle Identität beider reicht nur soweit, als sich das subjektive Recht des Beklagten zur Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede als Reflex der Zuständigkeitsordnung ergibt; die Identität beider hört auf, wo durch die Unzuständigkeit die Voraussetzungen der judiziellen Tätigkeit entfallen.

Diese Ausführungen ergeben ein zwiefaches Resultat:

1. Die Unzuständigkeitseinrede erschöpft nicht den gesamten prozessualen Inhalt der Unzuständigkeit, sondern nur den den Beklagten, nicht aber den das Gericht betreffenden. Also kann auch die Aufrechterhaltung der Zuständigkeitsordnung nicht nur Sache der Parteien, sondern muss auch Aufgabe des Gerichtes sein.
2. Ein Verzicht des Beklagten auf die Einrede der Unzuständigkeit ist unmöglich, da dieser die Zuständigkeit begründet, also hat das Gericht erst recht zu prüfen, ob dieser Akt des Beklagten seine Zuständigkeit begründet hat[4]).

Die Unzuständigkeit gehört also nicht zu den relativen, d. h. verzichtbaren Bedingungen der Sachentscheidung, sondern sie steht begrifflich zwischen den absoluten und den verzichtbaren.

Die Zuständigkeit ist eine dispositiv normierte Bedingung der Sachentscheidung, deren Vorliegen das Gericht zu prüfen hat. Diese Prüfung erübrigt auch nicht der § 39 ZPO., wie schon dargetan wurde. Denn dieser Rechtssatz stellt nur einen weiteren konsequenten Ausfluss des der Zu-

[4]) Vgl. § 11 III S. 73.

ständigkeitsvereinbarung zugrunde liegenden Motivs dar Denn die Pflicht des Gerichtes zur Wahrung der normalen dispositiven Zuständigkeitsordnung kann hier selbstverständlich nicht umfänglich grösser sein als die Dispositionsbefugnis der Parteien.

III. Die Anreihung der Vereinbarung an die übrigen Zuständigkeitsgründe besagt nichts für die Nichtbeteiligung des öffentlichen Interesses an der regulären Zuständigkeitsordnung. Ihre Zulassung schwächt es allerdings erheblich ab. Ihr Zweck ist, dem Privatinteresse im Gebiete der Zuständigkeitsordnung den Einfluss zu gewähren, der ohne Schädigung des Gemeininteresses unter den gesetzlichen Kautelen geltend gemacht werden kann.

Literatur-Verzeichnis.

Vorbemerkung. Die Kommentar-Literatur und die Lehr- und Handbücher des Zivilprozessrechtes sind, soweit sie eine Berücksichtigung erfahren haben, in den Anmerkungen besonders aufgeführt.

Das Archiv für die zivilistische Praxis ist als Archiv, die Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, herausgegeben von Busch und Vierhaus, in der gebräuchlichen Abkürzung ZZP. zitiert.

von Amsberg, Prorogatio fori und contumacia, Archiv, Bd. 65 S. 59 ff.

Birkmeyer, Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. und 247, Z. 1 und Absatz III. 1881.

Birkmeyer, Der Begriff der Streiteinlassung des Beklagten nach der ZPO. und seine Geschichte. Archiv, Bd. 66 S. 22 ff.

Birkmeyer, Noch einmal zur Interpretation des § 39 ZPO. ZZP. Bd. 5 S. 124 ff.

Birkmeyer, Das Offizialverfahren im Zivilprozess. ZZP. Bd. 7 S. 155 ff. und 375 ff.

Bolgiano, Zur Lehre von der Litiskontestation und der Klagbeantwortung. Archiv, Bd. 68 S. 85 ff.

Bolgiano, Schlusswort inbetreff der prozesshindernden und prozessdilatorischen Einreden. ZZP. Bd. 4 S. 497 ff.

Bolgiano, Lehre vom vereinbarten Gerichtsstand. Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 594 ff.

Bülow, Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Archiv, Bd. 62 S. 1 ff.

Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. Archiv, Bd. 64 S. 1 ff.

Bunsen, Prozessrechtsgeschäfte. ZZP. Bd. 35 S. 401 ff.

Deybeck, Gerichtsstand der Vereinbarung. Erlanger Dissertation 1888.

Fitting, Zur Lehre vom sogenannten vereinbarten Gerichtsstand nach der ZPO. Archiv, Bd. 63 S. 208 ff.

Fitting, Über die prinzipielle Grundlage des sogenannten vereinbarten Gerichtsstandes nach der ZPO. ZZP. Bd. 6 S. 253 ff.

Francke, Zu den §§ 39, 247. Nr. 1 und Abs. III, 296 ZPO. ZZP. Bd. 5 S. 463 ff.

Just, Zivilprozessrechtliche Kontroversen. Archiv, Bd. 68 S. 109 ff.

Kohler, Klagbehauptung, Kompetenz, forum contractus, Archiv, Bd. 70 S. 212 ff.

Kohler, Über stillschweigende Prorogation. Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Neue Folge. Bd. III S. 391 ff.

Kraus, Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte. Münchener Dissertation 1888.

Leonhard, Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. und 247 Nr. 1 und Absatz III ZPO. ZZP. Bd. 4 S. 403 ff.

Loening, Die Widerklage im Reichszivilprozess. ZZP. Bd. 4 S. 1 ff.

Meyer, In welchen Fällen ist nach der ZPO. der Erlass eines Versäumnisurteiles zulässig? ZZP. Bd. 9 S. 305 ff.

Picot, Zur Lehre von dem Gerichtsstand der Vereinbarung. Tübinger Dissertation 1891.

Renaud, Zur Lehre von der gerichtlichen Zuständigkeit. ZZP. Bd. 5 S. 1 ff.

Schwalbach, Über Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft. Archiv, Bd. 64 S. 256 ff.

Vierhaus, Die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilprozessrechts. ZZP. Bd. 5 S. 70 ff.

Wach, Vorträge, 1879.

Wach, Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes. Leipziger Dekanatsprogramm. 1879.

Wach, Der gewillkürte Gerichtsstand. Gruchot, Bd. 40 S. 703 ff.

Wach, Defensionspflicht und Klagerecht. Grünhuts Zeitschrift. Bd. 6 S. 515 ff.

Wach, Präklusion und Kontumaz. Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 130 ff.